

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA DE POSTGRADO

**La Importancia del título preliminar del código penal
de 1991**

TESIS

para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en
Ciencias Penales

AUTOR:

Mario Amoretti Navarro

Lima – Perú

2011

DEDICATORIA

A MI PADRE:

EL DOCTOR MARIO AMORETTI PACHAS,

MAESTRO Y EJEMPLO DE VIDA

M.A.N.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del problema.....	18
1.1 Descripción de la Problemática vinculada al Objeto de la Investigación....	18
1.2 Descripción de la Investigación.....	20
1.2.1 Problema General.....	20
1.2.2. Sub problemas.....	20
1.3. Objetivos y finalidad de la investigación.....	20
1.3.1. Objeto General.....	21
1.3.2. Objetivos Específicos.....	21
1.3.3. Finalidad.....	21
1.4. Justificación de la Investigación.....	21
2. Marco Teórico referencial.....	23
3. Tipo de Investigación.....	23
4. Hipótesis de Investigación.....	24
5. Método y técnicas de investigación.....	25
5.1. Método.....	25
5.2. Técnicas de recolección de información.....	25
5.2.1. Fichaje de información doctrinaria.....	25

CAPÍTULO II

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO

PRIMERA PARTE

Evolución Del Título Preliminar En La Legislación Penal Peruana

I. Introducción.....	26
II. Las Penas en la Época Precolombina.....	27
2.1. Generalidades.....	27
2.2. Estructura.....	31
2.2.1. Principios Garantistas.....	31
2.2.2. Clasificación de Delitos.....	32
2.2.3. Clasificación de Penas.....	33
2.3. Características.....	35
2.4. Contexto Internacional.....	36
III. Derecho Penal Indiano.....	39
3.1. Generalidades.....	39
3.2. Estructura.....	41
3.2.1. Principios Garantistas.....	41
3.2.2. Clasificación de los Delitos y las Penas.....	42
a) Fuentes Primarias.....	43
i. Ordenanzas de Intendencias (1784 en el Virreinato del Perú).....	43
ii. Recopilación de Leyes de Indias (1680).....	43
iii. Ordenanzas de Toledo.....	45
iv. Leyes Municipales (1535- XVIII).....	45
v. Catálogo de Matraya.....	46
b) Fuentes Supletorias.....	47
i. Fuero Juzgo (649-672).....	47
ii. Fuero Real (1255).....	48
iii. Las Siete Partidas (1256-1265).....	48
iv. Ordenamientos de Alcalá (1348).....	49

v. Ordenanzas Reales de Castilla (1484).....	50
vi. Leyes de Toro (1505).....	50
vi. Nueva Recopilación (1567).....	51
vii. Novísima Recopilación (1805).....	51
3.3. Características.....	51
3.4. Contexto Internacional.....	53
IV. Derecho penal Nacional.....	56
4.1. Generalidades.....	56
4.2. El “Proyecto Vidaurre” de 1828.....	58
4.2.1. Antecedentes.....	58
4.2.2. Estructura.....	59
4.2.3. Principios Garantistas.....	59
4.2.4. Características.....	61
4.3. El “Código Penal de Santa Cruz” de 1836.....	62
4.4. El Código de 1863.....	63
4.4.1. Antecedentes.....	63
4.4.2. Justificación.....	63
4.4.3. Estructura.....	64
4.4.3.1. Principios Garantistas.....	64
4.4.3.2. Teoría del delito.....	68
4.4.3.3. Teoría de la pena.....	68
4.4.4. Características.....	69
4.5. Proyecto de Reforma de 1874-1916.....	69
4.6. El Código Penal de 1924.....	70
4.6.1. Antecedentes.....	70
4.6.2. Justificación.....	71
4.6.3. Estructura.....	72
4.6.3.1. Principios garantistas.....	72
4.6.3.2. Teoría del Delito.....	73
4.6.3.3. Teoría de la Pena.....	74
4.6.3.4. Características.....	74
4.7. El Proyecto Cornejo – Jiménez.....	75
4.8. Legislación Penal entre los Códigos Penales de 1924-1991.....	77

4.9. El Código Penal de 1991.....	80
4.9.1. Antecedentes.....	80
4.9.2. Justificación de la reforma.....	82
4.9.3. Estructura.....	83
4.9.3.1. Principios Garantistas.....	83
4.9.3.2. Teoría del Delito.....	86
4.9.3.3. Teoría de la Pena.....	87
4.9.4. Características.....	87
4.10. Contexto Internacional.....	89
V. Conclusiones.....	95

SEGUNDA PARTE

Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991

§.1 Programa Constitucional del Título Preliminar

I. Introducción.....	99
II. Descripción Normativa.....	99
III. Fuente Constitucional.....	100
IV. Concepto.....	102
V. Contenido.....	103
5.1. Los Antecedentes del Título Preliminar del Código Penal.....	103
5.2. La Positivización De Los Principios Limitadores Al <i>Ius Puniendi</i>	103
VI. Conclusiones.....	106

§.2 El Principio de Finalidad de Protección Preventiva de la Ley Penal

I. Introducción.....	107
II. Descripción Normativa.....	107
III. Legislación Comparada.....	108
IV. Fuente Constitucional.....	110

V. Concepto.....	111
VI. Contenido.....	113
6.1. El Derecho Penal como mecanismo de control formal.....	113
6.2. La protección penal se rige bajo el principio de necesidad o intervención mínima.....	114
6.3. El Derecho penal preventivo.....	116
6.4. La prevención general (positiva) en la concepción de Jakobs.....	117
6.4.1. Generalidades.....	117
6.4.2. La prevención general vista como mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma.....	118
6.4.3. La pena como respuesta al quebramiento de la norma.....	119
6.4.4. Crítica a la prevención general positiva de Jakobs.....	119
6.5. El derecho penal humanista.....	120
VII. Jurisprudencia.....	120
VIII. Conclusiones.....	121

§.3. El Principio de Legalidad

I. Introducción.....	123
II. Descripción Normativa.....	124
III. Legislación Comparada.....	124
IV. Fuente Constitucional.....	129
V. Concepto.....	130
VI. Contenido.....	131
6.1. El sentido material y formal del principio de legalidad.....	132
6.2. Las garantías individuales contenidas en el principio de legalidad.....	133
6.3. El principio de legalidad en la teoría de las fuentes del Derecho penal: el principio de reserva de ley.....	134
6.4. Los subprincipios contenidos en el principio de legalidad.....	135
6.5. Las limitaciones del principio de legalidad y problemática de las leyes penales abiertas y leyes penales en blanco.....	140
VII. Jurisprudencia.....	142
VII. Conclusiones.....	144

§.4. El principio de Prohibición de la Analogía de la Ley Penal

I. Introducción.....	146
II. Descripción Normativa.....	147
III. Legislación Comparada.....	147
IV. Fuente Constitucional.....	149
V. Concepto.....	151
VI. Contenido.....	152
6.1. El fundamento de la analogía.....	152
6.2. El presupuesto de la analogía.....	153
6.3. La analogía <i>in bonam partem e in malam partem</i>	153
6.4. La distinción entre analogía, interpretación extensiva e interpretación anológica.....	155
VII. Jurisprudencia.....	157
VIII. Conclusiones.....	158

§.5. El Principio de Lesividad

I. Introducción.....	160
II. Descripción Normativa.....	161
III. Legislación Comparada.....	161
IV. Fuente Constitucional.....	163
V. Concepto.....	165
VI. Contenido.....	167
6.1. Evolución del concepto de bien jurídico.....	168
6.1.1. Antecedentes.....	168
6.1.2. La lesión del derecho de Feuerbach.....	168
6.1.3. Concepción trascendentalista de Birnbaum.....	168
6.1.4. Concepción inmanente Jurídico – Positiva de Binding.....	169
6.1.5. Concepto trascendentalista político-criminal de Von Listz.....	170
6.1.6. Concepción crítica del nacional-socialismo.....	170
6.1.7. Concepción trascendentalista ético-social de Welzel.....	171

6.18. El funcionalismo sistémico de Jakobs.....	172
6.2. El concepto material del bien jurídico.....	173
6.2.1. Antecedentes.....	173
6.2.2. Teorías sociológicas.....	175
6.2.3. Teorías constitucionales.....	177
6.2.3.1. Teorías constitucionales estrictas.....	177
6.2.3.2. Teorías constitucionales amplias.....	177
6.2.4. La Tesis asumida por nuestro Tribunal Constitucional.....	179
6.2.5. Hacia un concepto material del bien jurídico.....	179
6.3. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos.....	181
6.4. El debate sobre el concepto del bien jurídico.....	182
VII. Jurisprudencia.....	184
VIII. Conclusiones.....	185

§.6. El Principio de Legalidad Procesal

I. Introducción.....	188
II. Descripción Normativa.....	188
III. Legislación Comparada.....	189
IV. Fuente Constitucional.....	191
V. Concepto.....	194
VI. Contenido.....	195
6.1. La judicialidad del proceso penal.....	195
6.2. El concepto del Juez ordinario predeterminado por la ley.....	196
6.3. El fundamento del juez ordinario predeterminado por la ley.....	197
6.4. Características del juez ordinario predeterminado por la ley.....	198
6.5. Ámbitos de aplicación del juez ordinario predeterminado por la ley.....	199
a) Exclusión del procedimiento administrativo sancionador.....	199
b) Exclusión del procedimiento arbitral.....	200
c) Aplicación en todos los ordenes jurisdiccionales.....	200
6.6. Contenido del juez ordinario predeterminado por la ley.....	201
6.6.1. Contenido general.....	202
a) Predeterminación legal del órgano jurisdiccional.....	202

b) Interdicción de modificar arbitrariamente el órgano jurisdiccional.....	204
c) Interdicción de jueces <i>ex post</i> o jueces <i>ad hoc</i>	205
6.7. La reserva de ley de la norma procesal.....	209
VII. Jurisprudencia.....	211
VIII. Conclusiones.....	213

§.7. El Principio de la Legalidad en la Ejecución Penal

I. Introducción.....	215
II. Descripción Normativa.....	216
III. Legislación Comparada.....	216
IV. Fuente Constitucional.....	218
V. Concepto.....	220
VI. Contenido.....	221
6.1. La predictibilidad de la ejecución de la pena.....	221
6.2. La aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal.....	222
6.2.1. La interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal.....	223
6.2.2. Crítica la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal.....	224
6.2.3. Excursus: La compurgación de la pena y el arresto domiciliario en sede del Tribunal Constitucional.....	226
6.2.3.1. Introducción.....	226
6.2.3.2. La demanda de hábeas corpus.....	226
6.2.3.3. La posición mayoritaria: El arresto domiciliario se abona a la pena.....	227
a) El voto del magistrado Mesía Ramírez.....	228
b) El voto del magistrado Eto Cruz.....	228
c) El voto del magistrado Calle Hayen.....	229
6.2.3.4. La posición minoritaria: El arresto domiciliario no se abona a la pena.....	229
6.2.3.5. Nuestra posición respecto a la STC N° 6201-2007-PHC/TC: La compurgación de la pena en el caso del arresto domiciliario...	230

a) Coerción y proceso penal.....	230
b) Comparecencia.....	231
c) La detención preventiva.....	232
d) El arresto domiciliario: ¿Comparecencia o detención?.....	233
6.3. La Intervención Judicial de la Pena.....	237
VII. Jurisprudencia.....	238
VIII. Conclusiones.....	240

§.8. El Principio de Culpabilidad

I. Introducción.....	241
II. Descripción Normativa.....	243
III. Legislación Comparada.....	243
IV. Fuente Constitucional.....	245
V. Concepto.....	248
VI. Contenido.....	249
6.1. Los subprincipios específicos del principio de culpabilidad.....	250
6.1.1. El principio de responsabilidad penal por el hecho.....	250
6.1.2. El principio de responsabilidad personal.....	252
6.1.3. El principio de responsabilidad subjetiva.....	253
6.1.4. El principio de imputabilidad.....	254
6.2. La imputación en el principio de culpabilidad.....	254
6.2.1. Imputación objetiva.....	255
6.2.2. Imputación subjetiva.....	256
6.3. Los efectos del principio de culpabilidad.....	257
6.3.1. Efectos directo: La proscripción de la responsabilidad objetiva.....	257
6.3.2. Efectos indirectos.....	259
VII. Jurisprudencia.....	259
VIII. Conclusiones.....	261

§.9. El Principio de proporcionalidad

I. Introducción.....	262
----------------------	-----

II. Descripción Normativa.....	263
III. Legislación Comparada.....	263
IV. Fuente Constitucional.....	266
V. Concepto.....	269
VI. Contenido.....	270
6.1.1. El subprincipio de idoneidad.....	271
6.1.2. El subprincipio de necesidad.....	271
6.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.....	271
6.2. Efectos del principio de proporcionalidad.....	272
a) La proporcionalidad abstracta.....	272
b) La proporcionalidad concreta.....	273
6.3. Crítica a la postura del Tribunal Constitucional sobre la reincidencia y la habitualidad.....	274
a) Antecedentes.....	274
b) La STC. N° 0014-2006-PI/TC.....	275
c) La crítica.....	276
6.4. El principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad.....	278
VII. Jurisprudencia.....	278
VIII. Conclusiones.....	280

§. 10. El Principio de finalidad integral de la Pena y Medidas de Seguridad

I. Introducción.....	282
II. Descripción Normativa.....	283
III. Legislación Comparada.....	283
IV. Fuente Constitucional.....	286
V. Concepto.....	289
VI. Contenido.....	290
6.1. Las teorías absolutas de la pena.....	290
6.2. Las teorías relativas de la pena.....	291
6.2.1. La prevención general.....	292
a) La prevención general negativa.....	292
b) La prevención general positiva.....	293

6.2.2. La prevención especial.....	294
6.3. Las teorías eclécticas o de la unión.....	295
6.4. Las medidas de seguridad.....	296
VII. Jurisprudencia.....	297
VIII. Conclusiones.....	299

§.11. El Principio de Extensión

I. Introducción.....	301
II. Descripción Normativa.....	301
III. Legislación Comparada.....	301
IV. Fuente Constitucional.....	304
V. Concepto.....	304
VI. Contenido.....	305
VII. Jurisprudencia.....	307
VIII. Conclusiones.....	307

§. 12. Otros principios de carácter penal no previstos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991

I. Introducción.....	308
II. Concepto.....	311
2.1. Principio de retroactividad benigna.....	311
2.2. Principio de protección de la Víctima.....	312
2.3. Principio de <i>non bis in idem</i> material.....	312
III. Legislación Comparada.....	313
3.1. Principio de retroactividad benigna.....	313
3.2. Principio de protección de la víctima.....	315
3.3. Prohibición de doble incriminación.....	315
IV. Fuente Constitucional.....	316
4.1. Principio de retroactividad benigna.....	316
4.2. Principio de protección de la víctima.....	316
4.3. Principio <i>non bis idem material</i>	317

V. Contenido.....	318
5.1. Principio de retroactividad benigna.....	318
5.2. Principio de protección de la víctima.....	321
5.3. Principio de <i>nom bis in idem</i> material.....	323
5.3.1. El concurso aparente de leyes penales.....	326
5.3.1.1. Fundamento y naturaleza jurídica.....	326
5.3.1.2. La unidad de acción.....	328
5.3.1.3. Diferencias con el Concurso Ideal.....	330
5.3.1.4. Criterios del Concurso Aparente de Leyes Penales.....	331
a) El Principio de especialidad.....	331
b) El principio de subsidiariedad.....	332
c) El principio de consunción.....	333
d) El principio de alternatividad.....	335
5.3.1.5. Legislación Comparada.....	335
VI. Conclusiones.....	337

CAPITULO III

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

1. Problema.....	340
2. Hipótesis.....	340
3. Conclusiones de los argumentos desarrollados para cada hipótesis.....	341

CONCLUSIONES FINALES.....	353
----------------------------------	------------

RECOMENDACIONES.....	359
-----------------------------	------------

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....	360
--	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	361
--------------------------	------------

-----oOo-----

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho está referida al estudio del Título Preliminar del Código Penal de 1991 y cada uno de sus principios y garantías, que estatuye límites concretos al poder de sanción del Estado, como respuesta legislativa incardinada en el programa de Derecho penal material establecido en la Ley Fundamental. La misma que consagra una legislación penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, consiguiendo la creación de un Derecho penal de hombres y para hombres, a través del establecimiento de principios y garantías, evitando, por el contrario, que el Leviatán al momento de realizar la labor de criminalización instrumentalice y aplaste al ser humano.

La “Filosofía de la Ilustración” surgida durante el Siglo de las Luces, sin desconocer sus precedentes históricos, y, en particular, el “Derecho penal liberal” conllevaron al reconocimiento jurídico de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado y, en ese sentido, a la fijación de límites a la potestad de sanción. En gran parte, gracias al pensamiento de juristas como BECCARIA, BENTHAM y LEIBNIZ, el Derecho penal dejó de ser un instrumento basado únicamente en el castigo y la marginación al delincuente, visto como portador del “congénito” mal del delito y, en lugar de ello, se fue reestructurando asimismo como un instrumento legítimo de protección al individuo, a la sociedad y a las estructuras esenciales para su supervivencia. Lo que se traduce en la consagración de los denominados principios limitadores del *ius puniendi*.

No obstante, desde la promulgación del Código punitivo a la fecha, se han venido produciendo al interior del mismo constantes reformas legislativas. En gran parte de ellas se evidencia un claro apartamiento respecto a los postulados garantistas que fueron consagrados por nuestro legislador en la primera sección de dicho cuerpo de leyes, bajo la forma de un “Título Preliminar – Principios Generales”; con una regulación propia e independiente al resto. Los mismos que la doctrina suele denominar “principios limitadores del *ius puniendi*”. En ese sentido, nuestra legislación penal se está convirtiendo en un instrumento intervencionista y simbólico, en desmedro de la función protectora de bienes jurídicos y garantista, frente a la actividad punitiva estatal, que a ésta le fue otorgada en el Título Preliminar del Código Penal de 1991.

Es por ello que, el problema concreto que motiva la presente investigación radica en que gran parte de nuestra legislación penal actual desconoce la real importancia del Título Preliminar del Código Penal y de los principios garantistas que el mismo agrupa, como valioso fruto obtenido de larga data a través de la historia. Lo cual determina muchas veces que ésta no se ajuste a los mismos. La oposición a los principios limitadores del *ius puniendi* pone en peligro los derechos más fundamentales del hombre. Hace omnímodo el poder de sanción del Estado y deja a la persona en absoluta vulnerabilidad. Esto es más grave cuando ocurre contra individuos sujetos a una imputación penal. Las circunstancias allí son apremiantes, donde más urge contar con el “escudo protector”, que estos principios significan.

Ello viene ocurriendo por la desatención que el Título Preliminar del Código Penal recibe, no solamente por parte del legislador nacional, aunque aquí se presente el mayor número de casos, sino también por parte de los operadores jurídicos, la jurisprudencia y la doctrina nacional, que no reparan en su verdadera importancia, como protector del garantismo en nuestro ordenamiento jurídico-penal y, en particular, porque a la fecha, no se ha reconocido aún, en todos los principios que contiene, su fuente constitucional, como por ejemplo, ocurre con el “principio de lesividad” o “principio de protección exclusiva de bienes jurídicos”, así como, se desconoce a cabalidad el contenido y alcance de los mismos, siendo en algunos casos su regulación totalmente inadecuada. Incluso, existen principios limitadores del *ius puniendi* que no se encuentran contemplados en el Título Preliminar, cuando los mismos tienen naturaleza sustantiva y reconocimiento doctrinal y jurisprudencial.

De modo que, resulta absolutamente necesario analizar el Título Preliminar del Código Penal y cada uno de los principios limitadores del *ius puniendi* que allí se contienen, revisarlos desde una perspectiva evolutiva, advirtiendo su importancia, determinando la fuente constitucional de los mismos, su contenido y alcances, así como adecuando su regulación y ubicación en nuestro ordenamiento jurídico, de cara a dejar establecida la esencia y el espíritu garantista de nuestro Derecho penal, fijando límites claros al poder de sanción del Estado y frenar el preocupante avance del intervencionismo en nuestra legislación penal actual. La presente investigación tiene como propósito fundamental, desarrollar y presentar los argumentos jurídicos sólidos y coherentes respecto a cada uno de los conceptos y categorías vinculados al tema, habida cuenta que, como hemos expuesto líneas atrás el problema de investigación se ha generado a nivel del debido entendimiento y alcance de los conceptos y categorías esbozados por los operadores legislativos y jurídicos sobre la materia, al establecer la legislación penal o al resolver los casos concretos. Tal como se aprecia de la reinserción en nuestra legislación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, más aún cuando los operadores jurídicos y el propio Tribunal Constitucional respaldan estos institutos, que se encuentran proscritos en la doctrina comparada por ser contrarios a un Derecho penal humanista y a los principios limitadores al *ius puniendi*. Por ello, nuestra investigación está orientada a esclarecer esta problemática, presentando argumentos convincentes por su coherencia lógica, su rigor jurídico - doctrinario y su consideración teleológica y político criminal.

Finalmente, el enfoque de esta investigación es de carácter dogmático y su diseño es no experimental. El tipo de investigación es descriptivo. La misma está orientada a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema materia de análisis. El enfoque eminentemente dogmático está vinculado al ámbito de la doctrina general y de validez científica de los conceptos y categorías jurídicas bajo estudio, con especial énfasis en las doctrinas mayoritariamente aceptadas desde la perspectiva teórica, así como desde su funcionalidad y rendimiento práctico dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social. En el presente trabajo, se ha empleado los métodos de Análisis y Síntesis, así como el método Deductivo para trabajar la información teórica o doctrinaria; habiendo utilizado los métodos Dogmático, Exegético y la Hermenéutica Jurídica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente. Asimismo, como quiera que se trata de una investigación sobre instituciones o categorías

jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica, especialmente los argumentos deductivos, los argumentos por analogía y los argumentos de autoridad, entre otros; estos últimos, sin embargo, han sido asumidos de manera crítica, a la vez que han sido rechazados cuando se han desarrollado contra-argumentos respecto a sus premisas esenciales. De otro lado, cuando en la doctrina hemos encontrado criterios contradictorios con el mismo peso argumentativo, presentaremos nuestros propios argumentos, esto es, hemos desarrollado nuestra propia posición doctrinaria. La bibliografía consultada corresponde a textos clásicos sobre las instituciones y categorías tratadas, así como también a textos actuales relativos a las modernas teorías existentes respecto a la materia de investigación.

-----oOo-----

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA VINCULADA AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación analiza el Título Preliminar del Código Penal de 1991 y cada uno de sus principios y garantías. Desde la promulgación del Código punitivo a la fecha, se han venido produciendo al interior del mismo constantes reformas legislativas, que en gran parte de ellas se evidencia un claro apartamiento respecto a los postulados garantistas que fueron consagrados por nuestro legislador en la primera sección de dicho cuerpo de leyes, bajo la forma de un “Título Preliminar – Principios Generales”; con una regulación propia e independiente al resto. Los mismos que la doctrina suele denominar “principios limitadores del *ius puniendi*” y, cuya razón de ser, consiste precisamente en orientar y unificar la legislación penal hacia el cumplimiento de una función protectora y, a la vez, garantista. La promulgación de un gran número de leyes de carácter represivo y no garantista preocupa de sobremanera.

El repaso de la legislación penal peruana del día de hoy pone en evidencia un claro apartamiento del Título Preliminar del Código Penal de 1991. En ella, por ejemplo, se aprecia claramente como se ha privilegiado la criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico, mediante la proliferación de delitos de peligro abstracto y la protección de bienes jurídicos universales, la reincorporación de la reincidencia y la habitualidad, la ampliación de circunstancias agravantes en los tipos penales, el incremento de las penas, el resurgimiento de la remozada cadena perpetua y el recurso constante a la misma en la tipificación de delitos graves o aquellos de conmoción social, así como la progresiva reducción y eliminación de los beneficios penitenciarios. La gran mayoría de esta “neocriminalización” resulta abiertamente contraria y representa un claro desconocimiento de la esencia garantista de los principios limitadores del *ius puniendi* contenidos en el Título Preliminar del Código Penal.

En ese sentido, nuestra legislación penal se está convirtiendo en un instrumento intervencionista y simbólico, en desmedro de la función protectora de bienes jurídicos y garantista, frente a la actividad punitiva estatal, que a ésta le fue otorgada en el Título Preliminar del Código Penal de 1991. Es simbólica porque su objetivo es conseguir el “bienestar” de los hombres, en un sentido puramente psicológico, de sensación de “mayor seguridad”, a través del endurecimiento de la legislación penal, en lugar de buscar la protección de bienes jurídicos mediante la prevención de conductas desestabilizadoras de los mismos. Es intervencionista en la medida que se ha convertido en la *prima ratio* a la cual recurre el Estado para dar solución a sus

conflictos sociales. Lo cual evidentemente es más simple, barato y conveniente políticamente que invertir en medidas de prevención y combate de la criminalidad, de mediano o largo plazo, como podría ocurrir con la estructuración de un planeamiento que incluya, desde aspectos generales, como educación y trabajo, a aspectos concretos, como la capacitación y el incremento del número de los operadores del sistema de administración de justicia o del personal policial, la mejora del tratamiento penitenciario o la otorgación de incentivos tributarios a aquellas empresas que implementen medidas internas de control delictual -la denominada “*Compliance*”.

No cabe duda que, la “Filosofía de la Ilustración” surgida durante el Siglo de las Luces, sin desconocer sus precedentes históricos, y, en particular, el “Derecho penal liberal” o “Derecho penal humanista”, también llamado -en honor al movimiento que lo impulsa- “Derecho penal de la Ilustración”, conllevaron al reconocimiento jurídico de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado y, en ese sentido, a la fijación de límites a la potestad de sanción. Lo cual, desembocaría también en el nacimiento de la doctrina de los derechos humanos. En gran parte, gracias al pensamiento de juristas como BECCARIA, BENTHAM y LEIBNIZ, el Derecho penal dejó de ser un instrumento basado únicamente en el castigo y la marginación al delincuente, visto como portador del “congénito” mal del delito y, en lugar de ello, se fue reestructurando asimismo como un instrumento legítimo de protección al individuo, a la sociedad y a las estructuras esenciales para su supervivencia. Lo que significa no deshumanizar al delincuente, sino tratarlo siempre en su condición de persona. De modo que, la fijación de límites concretos a la labor de criminalización del Estado mediante la consagración de garantías a favor del ciudadano, cuya postulación positiva está recogida en los denominados principios limitadores del *ius puniendi* es una necesidad de preservar un Derecho penal de personas.

El problema concreto que motiva la presente investigación radica en que gran parte de nuestra legislación penal actual desconoce la real importancia del Título Preliminar del Código Penal y de los principios garantistas que el mismo agrupa, como valioso fruto obtenido de larga data a través de la historia. Lo cual determina muchas veces que ésta no se ajuste a los mismos. La oposición a los principios limitadores del *ius puniendi* pone en peligro los derechos más fundamentales del hombre. Hace omnímodo el poder de sanción del Estado y deja a la persona en absoluta vulnerabilidad. Esto es más grave cuando ocurre contra individuos sujetos a una imputación penal. Las circunstancias allí son apremiantes, donde más urge contar con el “escudo protector”, que estos principios significan. Ello viene ocurriendo por la desatención que el Título Preliminar del Código Penal recibe, no solamente por parte del legislador nacional, aunque aquí se presente el mayor número de casos, sino también por parte de los operadores jurídicos, la jurisprudencia y la doctrina nacional, que no reparan en su verdadera importancia, como protector del garantismo en nuestro ordenamiento jurídico-penal y, en particular, porque a la fecha, no se ha reconocido aún, en todos los principios que contiene, su fuente constitucional, como por ejemplo, ocurre con el “principio de lesividad” o “principio de protección exclusiva de bienes

jurídicos”, así como, se desconoce a cabalidad el contenido y alcance de los mismos, siendo en algunos casos su regulación totalmente inadecuada.

Es por lo expuesto anteriormente que, el Título Preliminar del Código Penal no logra erigirse como el obligado norte de cualquier acto legislativo o jurisdiccional en materia penal. De modo que, resulta absolutamente necesario analizar el Título Preliminar del Código Penal y cada uno de los principios limitadores del *ius puniendi* que allí se contienen, revisarlos desde una perspectiva evolutiva, advirtiendo su importancia, determinando la fuente constitucional de los mismos, su contenido y alcances, así como adecuando su regulación y ubicación en nuestro ordenamiento jurídico, de cara a dejar establecida la esencia y el espíritu garantista de nuestro Derecho penal, fijar límites claros al poder de sanción del Estado y frenar el preocupante avance del intervencionismo en nuestra legislación penal actual. Parafraseando a Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “el problema de los límites del *ius puniendi* preocupa, y preocupa con razón, porque el Estado social de nuestro tiempo tiene una declarada vocación intervencionista. Y sobre todo, porque la intervención penal es, siempre, una intervención traumática, dolorosa, restrictiva, con elevadísimos ‘costes sociales’. Durante mucho tiempo preocupó ‘fundamentar’ –legitimar– la intervención penal: hoy interesa, sobre todo, someter la misma a límites claros y efectivos”¹.

1.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

1.2.1 Problema General

¿Cuál es la importancia del Título Preliminar del Código Penal en el marco de nuestra actual legislación penal?

1.2.2. Sub problemas

1.2.2.1. ¿Cuál es la función del Título Preliminar del Código Penal en nuestro ordenamiento jurídico?

1.2.2.2. ¿Cuál es la fuente normativa de los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Penal?

1.2.2.3. ¿Qué principios contenidos en el Título Preliminar deberían ser excluidos?

1.2.2.4. ¿Qué principios no contenidos en el Título Preliminar deberían ser incluidos?

1.3. OBJETIVOS Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 358.

El objetivo central de la presente investigación consiste en determinar la importancia que tiene el Título Preliminar del Código Penal de 1991, en el marco de nuestra legislación penal actual, así como de cada uno de los principios y garantías que allí se agrupan, y, de este modo, conseguir un debido aprovechamiento de la capacidad de rendimiento y funcionalidad de esta institución en el ordenamiento jurídico peruano.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Establecer la función que cumple el Título Preliminar del Código Penal en nuestro ordenamiento jurídico.
- b) Precisar la fuente normativa de los principios que se agrupan en el Título Preliminar del Código Penal.
- c) Determinar los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Penal que podrían ser excluidos.
- d) Determinar los principios no contenidos en el Título Preliminar del Código Penal que podrían ser incorporados.

1.3.3. FINALIDAD

La finalidad que persigue la presente investigación consiste en proponer, con la consecución de los objetivos expuestos, de manera rigurosa, ideas que permitan el conocimiento cabal y adecuado de la institución jurídica materia de análisis, y, de este modo, lograr su funcionalidad dentro del sistema jurídico, así como propender a un debido aprovechamiento de la misma, en particular, en cuanto a su capacidad de rendimiento para frenar el tinte represivo y simbólico, que caracteriza a gran parte de la legislación penal actual.

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Ante la problemática descrita, que algunos han denominado como la “expansión del Derecho penal” y que además de grave es numerosa, es que hemos realizado la presente investigación, con la finalidad de plantear algunas alternativas de solución sobre la base del debido establecimiento de la importancia del Título Preliminar del Código Penal, así como de la fuente normativa, función y alcances de cada uno de los principios y garantías que se ha consagrado en dicho apartado del Código punitivo, como límites al poder de sanción del Estado y a favor de las libertades y derechos fundamentales de la persona, precisando el contenido de las categorías jurídicas vinculadas al tema en referencia, propendiendo a la comprensión de los mismos por parte de jueces, fiscales, miembros del Tribunal Constitucional y abogados en general.

En ese sentido, la presente investigación se encuentra plenamente justificada, y a la fecha reviste especial importancia, ya que como queda descrito, la problemática vinculada al tema materia de nuestro análisis se muestra preocupante para todos los agentes vinculados al quehacer jurídico y, sobre todo, respecto a las personas sobre las cuales pesan imputaciones penales, quienes no obtienen protección jurídica adecuada para sus derechos fundamentales cuando son objetos de una investigación fiscal, de un proceso penal o incluso en sede la denominada justicia constitucional, en donde no existe un reconocimiento adecuado de la importancia del Título Preliminar del Código Penal de 1991, así como de sus principios limitadores al *ius puniendi*; a la vez que, este problema se dirige también contra la sociedad en su conjunto, ya que cualquiera podría ver coactada su libertad frente actos legislativos o jurisdiccionales adoptados en contravención de los principios y garantías que se agrupan en el Título Preliminar del Código punitivo, esto significa que frente a un Derecho penal represivo y simbólico nadie esta a salvo. Existe un indebido entendimiento y alcance de los conceptos y categorías esbozados por los operadores legislativos y jurídicos sobre la materia, al establecer la legislación penal o al resolver los casos concretos. Tal como se aprecia de la reinserción en nuestra legislación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, más aún cuando los operadores jurídicos y el propio Tribunal Constitucional respaldan estos institutos, que se encuentran proscritos en la doctrina comparada por ser contrarios a un Derecho penal humanista y a los principios limitadores al *ius puniendi*.

Estando a la descripción de esta problemática, resulta imperioso investigar la importancia del Título Preliminar del Código Penal de 1991 en el marco de la legislación penal actual, así como, qué función cumple, cuál es la fuente normativa que inspira la consagración positiva de los principios y garantías establecidos en el mismo, qué contenido, funciones y alcances tienen aquellos en nuestro ordenamiento jurídico. Ello resulta necesario para que el establecimiento claro y adecuado de los mismos. Lo cual permitirá poner fin la situación actual de la promulgación de normas de carácter represivo que deslegitiman al sistema jurídico; para ello hemos precisado previamente los fines y objetivos con cuya concreción se pretende contribuir al enriquecimiento de la institución jurídica al respecto. A la vez que, al determinar la función del Título Preliminar del Código Penal y de los principios y garantías allí contenidos se propende contribuir al logro de una eficaz aplicación de la normatividad pertinente en aras de una adecuada tutela de los derechos fundamentales del ciudadano frente al poder de sanción del Estado y de evitar abusos y transgresiones a los mismos.

2. MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

La presente investigación se ha desarrollado teniendo como referentes teóricos, los fundamentos y las categorías jurídicas propias del denominado “Derecho penal humanista”, en particular, aquellas acerca de la potestad punitiva del Estado, las funciones y los fines de la pena, así como, las correspondientes a la doctrina de los derechos fundamentales y al programa

penal de la Constitución. Las mismas que, vistas, tanto desde su perspectiva histórica como desde su perspectiva moderna, reconocen que en materia punitiva, en todo Estado social y democrático de Derecho, se encuentran consagrados una serie de postulados garantistas, fruto de la evolución del pensamiento político y jurídico de los derechos fundamentales, llamados “principios limitadores del *ius puniendi*”, los mismos que procuran someter la potestad punitiva del Estado al Derecho, con la finalidad de asegurar que la actividad de criminalización se lleve a cabo únicamente para proteger al individuo o a la sociedad y que la misma se practique respetando la dignidad de la persona humana como fin supremo del Estado. Igualmente, se ha tomado en cuenta las teorías y los criterios asumidos mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, recaída sobre el particular, así como la legislación comparada en cuanto al tema que nos ocupa. El desarrollo de las categorías jurídicas que se analizan se efectúa desde una concepción normativista, que parte de la vida en sociedad, así como los bienes jurídicos, se encuentran en permanente dialéctica. El desarrollo de la Filosofía de la Ilustración y los postulados de los representantes del Derecho penal liberal, como BECARIA, BENTHAM, LEIBINIZ, entre otros, sin descuidar los componentes del pensamiento moderno de juristas como ROXIN, FERRAJOLI, ENRIQUE EDWARDS, y los seguidores de los mismos, sobre todo los planteamiento moderados de Joachim HIRSCH, descartando los planteamientos radicales de la Teoría Funcionalista radical de JAKOBS, caracterizada por su normativismo extremo, por su metodología sistémica y por su prescindencia del componente empírico, son ampliamente estudiados y tomados en cuenta. Precisándose que el desarrollo teórico fundamental estará referido a la determinación de las funciones de los principios limitadores del *ius puniendi*, sobre todo en el marco de la legislación penal actual, la fuente normativa de los mismos y los criterios desarrollados por nuestra administración de justicia ordinaria y constitucional, en relación con el particular.

3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El enfoque de esta investigación es de carácter dogmático y su diseño es no experimental. El tipo de investigación es descriptivo. La misma está orientada a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema materia de análisis. El enfoque eminentemente dogmático está vinculado al ámbito de la doctrina general y de validez científica de los conceptos y categorías jurídicas bajo estudio, con especial énfasis en las doctrinas mayoritariamente aceptadas desde la perspectiva teórica, así como desde su funcionalidad y rendimiento práctico dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social.

La presente investigación tiene como propósito fundamental, desarrollar y presentar los argumentos jurídicos sólidos y coherentes respecto a cada uno de los conceptos y categorías vinculados el tema, habida cuenta que, como hemos expuesto líneas atrás el problema de investigación se ha generado a nivel del debido entendimiento y alcance de los conceptos y categorías esbozados por los operadores legislativos y jurídicos sobre la materia, al

establecer la legislación penal o al resolver los casos concretos. Tal como se aprecia de la reinserción en nuestra legislación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad, más aún cuando los operadores jurídicos y el propio Tribunal Constitucional respaldan estos institutos, que se encuentran proscritos en la doctrina comparada por ser contrarios a un Derecho penal humanista y a los principios limitadores al *ius puniendi*. Por ello, nuestra investigación está orientada a esclarecer esta problemática, presentando argumentos convincentes por su coherencia lógica, su rigor jurídico - doctrinario y su consideración teleológica y político criminal.

En este sentido, el desarrollo conceptual y sustento epistemológico del presente trabajo, se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica y de la asunción crítica de los criterios de auctoritas, así como de nuestros propios criterios dogmáticos y de toma de posición doctrinaria, con lo que a nuestro criterio se valida el desarrollo y conclusiones del presente. Siendo así, no hemos desarrollado el aspecto empírico o casuística del problema, puesto que la determinación del mayor o menor número de casos no tiene incidencia en la apreciación o valoración de los aspectos comprendidos en la problemática de investigación.

4. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

4.1. La importancia del Título Preliminar del Código Penal en nuestra legislación penal radica en frenar el carácter represivo de la misma y dirigirla en el marco de garantías que éste contiene.

4.1.1. (H-1): El Título Preliminar del Código Penal desarrolla en nuestra legislación una función garantista, unificadora y orientadora.

4.1.2. (H-2): El origen de los principios limitadores del *ius puniendi* se encuentra en la Constitución Política del Estado.

4.1.3. (H-3): El Título Preliminar del Código Penal debería excluir los principios de legalidad procesal y legalidad en la ejecución de la pena.

4.1.4. (H-4): El Título Preliminar del Código Penal debería incluir los principios de retroactividad benigna, protección de la víctima y *non bis in idem*.

5. MÉTODO Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

5.1. MÉTODO

En el presente trabajo, se ha empleado los métodos de Análisis y Síntesis, así como el método Deductivo para trabajar la información teórica o doctrinaria; habiendo utilizado los métodos Dogmático,

Exegético y la Hermenéutica Jurídica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente.

Asimismo, como quiera que se trata de una investigación sobre instituciones o categorías jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se ha realizado a partir de la argumentación lógico-jurídica, especialmente los argumentos deductivos, los argumentos por analogía y los argumentos de autoridad entre otros; estos últimos, sin embargo, han sido asumidos de manera crítica, a la vez que han sido rechazados cuando se han desarrollado contra-argumentos respecto a sus premisas esenciales. De otro lado, cuando en la doctrina hemos encontrado criterios contradictorios con el mismo peso argumentativo, presentaremos nuestros propios argumentos, esto es, hemos desarrollado nuestra propia posición doctrinaria.

De este modo, hemos arribado a las conclusiones que presentaremos como corolario de la presente investigación, el que a la vez, se corresponde con las hipótesis de investigación formuladas.

5.2. TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

5.2.1. FICHAJE DE INFORMACIÓN DOCTRINARIA

Se ha empleado las fichas bibliográficas a fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados; debiendo precisarse que el fichaje de información, se ha realizado fundamentalmente por intermedio del registro informático. Asimismo, se ha utilizado la información obrante en la red informática (internet), la misma que ha sido recabada a través de conocidos métodos de acceso a la información. Habiéndose complementado esta información con los criterios contenidos en las decisiones finales de los operadores jurídicos contenidas en sentencias y dictámenes o acusaciones, conocidas a través de publicaciones de diversa índole así como también con los criterios contenidos en las decisiones o sentencias del Tribunal Constitucional.

PRIMERA PARTE

EVOLUCIÓN DEL TÍTULO PRELIMINAR EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

I. INTRODUCCIÓN

El Título Preliminar del Código Penal contiene un conjunto de principios que garantizan una conjunción de las funciones protectora y garantizadora de la legislación penal. La consagración de estos principios ha sido la recompensa obtenida por la sociedad tras una larga batalla contra normas y costumbres vejatorias de los derechos humanos. Las mismas que durante siglos fueron empleadas por el Estado para subordinar e instrumentalizar al hombre, visto como súbdito y no como persona. Las penas irracionales, los castigos denigratorios, la venganza privada y la prosecución de finalidades política a través del recurso a la sanción penal fueron las características centrales de la legislación punitiva que antecedió a la edificación de principios controladores del poder estatal en los textos constitucionales y en los códigos penales.

El principal antecedente de los principios limitadores del *ius puniendi*, junto a las modernas declaraciones de derechos humanos fue la Magna Charta inglesa de Juan Sin Tierra de 1215. Posteriormente se destacaron la Petición de Derechos de 1623, la ley sobre Hábeas Corpus de 1679 y la Declaración de Derecho de 1689². El Siglo de las Luces con la Ilustración desencadenó en el ámbito jurídico la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El *Code Pénal* francés de 1810, marcó (simbólicamente) el momento de la superación de la tradición penal medieval, representada en España por la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas. Los soportes ideológicos del Derecho penal codificado desde principios del siglo XIX constituyen una redefinición de las relaciones entre los individuos y el Estado. Se puede afirmar que la base del sistema legal está dada por: 1) El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; 2) La fundamentación racional de la pena, de donde se dedujo la necesidad de proporcionalidad de la misma con la gravedad del hecho cometido; 3) La concepción del delito como algo diferente del pecado y, consecuentemente, un tratamiento diverso de los delitos contra la religión y contra la moral y las buenas costumbres; 4) La humanización de las penas bajo la preponderancia de la pena privativa de libertad³.

Pero, la mayor difusión de los principios controladores del poder de sanción penal del Estado ocurrió durante el siglo XX. La Declaración Universal de los Derechos Humanos -aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1969, influyeron decisivamente en la Declaración de Principios del Código Penal Tipo para Latinoamérica de 1963. Este texto prelegislativo elaborado por los más grandes

2 BARBERO, Natalia. De los Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional; en: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto; et. al. Hans WELZEL en el Pensamiento Penal de la Modernidad. Homenaje en el Centenario del Nacimiento de Hans WELZEL, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 739.

3 BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte General, Ed. Akal, Madrid, 1998, p. 47.

penalistas de Latinoamérica, entre los cuales destacan JIMÉNEZ DE AZUA – exiliado en Argentina durante la dictadura de Franco-, SOLER, NOVOA MONREAL, BRAMONT ARIAS, ROY FREYRE, entre otros grandes del Derecho penal, influyó fuertemente en la legislación penal iberoamericana, en particular, en el Código Penal colombiano de 1980, en los Proyectos de Código Penal español de 1982 y 1983 y en el Código Penal peruano de 1991.

La transformación de la legislación penal hasta el nacimiento e incorporación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el mundo occidental ha sido objeto de diversos estudios y está suficientemente documentada. En cambio, este mismo fenómeno evolutivo en el marco de la legislación penal peruana, no ha recibido la misma atención que en su homóloga occidental. Las penas establecidas en el mundo pre-hispánico y durante la época de la colonia demuestran como en este hemisferio el orden jurídico penal fue cruel e inhumano. Más allá de la discusión de la existencia o no de un Derecho precolombino o de establecer el carácter supletorio del Derecho de Castilla frente al Derecho de Indias, lo cierto es que pocos o quizás ninguno de los principios ahora recogidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991 obtenían en ellos reconocimiento. La evolución las normas penales desde la época primitiva hasta el Derecho nacional, en el Perú, demuestra la necesidad de imponer principios garantistas limitadores del poder de sanción del Estado, en nuestra particular realidad jurídica.

II. LAS PENAS EN LA ÉPOCA PRECOLOMBINA

2.1. Generalidades

El Derecho penal pre-colombino es el nombre que han recibido el conjunto de normas ético-jurídicas que sirvieron para proteger, mediante la amenaza de aplicar una pena, la vida, la divinidad, la propiedad y la organización política de las culturas pre-incaicas e incaicas⁴. En las culturas pre-colombinas -como en todos los pueblos primitivos- se aprecian, gracias a las manifestaciones plásticas o artesanales que subsisten hasta nuestros días, la existencia de una serie de castigos o penas impuestos para reprochar determinadas conductas o incumplimientos de índole social o religioso. El fundamento de los castigos entremezcla irremediabilmente aspectos de la religión del hombre aborígen con sus costumbres.

En ese escenario, en cuanto a las culturas pre-incaicas –a diferencia del caso de los incas- de plano no parecería serio afirmar la existencia de un “orden jurídico”, ni presentar un análisis de sus normas ético-sociales. El estudio de este “Derecho” requeriría contar con documentos escritos, tradición oral, costumbres ancestrales vigentes o con otros instrumentos físicos de constatación. Pocos cronistas expresan noticias de algunas culturas pre-incaicas. Por ejemplo, en el caso de la cultura Chimú, existen relatos de la práctica de la sodomía, pero es noticia periférica, que no entra al complejo organizativo de la estructura social.

⁴ ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal. Tesis Doctoral en Derecho Público, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962, p. 123.

En ese sentido, se ha efectuado la pregunta de si hay prueba escrita de la organización pre-incaica. La respuesta ha sido negativa porque la escritura no fue conocida en el imperio incaico que fue una etapa posterior. Con los dibujos de sus templos o por alfarería, conocemos algo de su mundo y de sus preocupaciones. Analicemos, por ejemplo, un huaco nazca y vemos en su dibujo geométrico y mítico. Nos percatamos con ellos, debido a la reproducción pictográfica, de los frutos y animales que conocieron y de diversos castigos que empleaban en el campo penal. Veamos un vaso Tiawanako o Chavín y las conclusiones serán parecidas pero no podemos afirmar nada en forma rotunda sobre su organización familiar, de la propiedad, de su organización, de sus normas jurídicas. Todo será una suposición⁵.

En cambio, algunos han considerado respecto al imperio incaico, que sí tenemos elementos de juicio que nos permiten estudiar con certeza su sistema jurídico⁶. Por ejemplo, respecto a la fuente procedente de los cronistas, se sostiene que “las informaciones que ofrecen sobre el Derecho inca son abundantes y permiten tener una idea de los que fue su Derecho penal”⁷. Lo cierto es que hay evidencia material de una regulación ético-social en tiempos incaicos. La norma primitiva tenía, pues, su primer basamento en la costumbre. Era un Derecho consuetudinario. Se penaba lo que alteraba el status consagrado por el uso, la violación de un derecho aceptado, un atentado contra la divinidad o contra los hombres gobernantes o que merecían un respecto especial como los ancianos y en ciertos pueblos por la virginalidad⁸.

Esta parecería ser la posición adoptada por VILLA STEIN cuando afirma: “El Perú precolombino cobija una cultura milenaria y autónoma que desarrollaron sus instituciones en el medio natural a lo largo de 10,000 años de historia. Culturas como Nazca, Paracas, Tiahuanaco, Taltal, Arica, Chimú. Mochica, Vicus, Sipán, Chavín, etc., carentes de escritura, no dejaron testimonio explícito del eventual Derecho punitivo que pudieran haber tenido. Los cronistas como Montesinos, Castro y Ortega Morejos, Guamán Poma de Ayala, son las fuentes más próximas y aún así no son muchos los datos que de “oídas” ha recogido al respecto⁹. Con mayor énfasis, PEÑA CABRERA, sostiene que: “Es con posterioridad, ya con la cultura Inca –el llamado Imperio Incaico- que el Derecho punitivo se construye como instrumento normativo objetivo y se le conoce merced a cronistas como Sarmiento de Gamboa, Cieza de León, Cristóbal de Molino y Garcilaso de la Vega y de ellos se sabe que desde este Derecho Incaico disponía de jueces, justiciables y penas¹⁰.

Sin embargo, de otro punto de vista ha sido el reconocido jurista norteamericano John Henry WIGMORE, quien en su libro intitulado “*A Panorama World’s Legal Systems*”, tras describir dieciséis sistemas jurídicos históricos y actuales, entre los cuales se encuentran los sistemas egipcio, mesopotámico, hebreo, chino, hindú, griego, romano, japonés, mahometano o islámico, celta, eslavo, germánico, marítimo, canónico o eclesiástico, anglicano o *common law* y románico, no incluye

5 VARGAS, Javier. Historia del Derecho peruano. Parte General y Derecho Incaico, Ed. Universidad de Lima, 1993, pp. 45-47.

6 Ibid., p. 47.

7 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Ed. Centro de estudios de derecho y sociedad, Lima, 1979, p. 26.

8 VARGAS, Javier, Op. cit, 194.

9 VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General, Ed. San Marcos, Lima, 2001, p. 86.

10 PEÑA CABRERA. Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General, T.I, Ed. Grijley, Lima, 1995, p. 166.

en su lista a los sistemas precolombinos, como el azteca, los pre-incas, ni el inca¹¹. J. H. WIGMORE no incluye el sistema inca aduciendo para ello tres razones: (i) los incas no tuvieron un sistema de escritura, sólo cuerdas y nudos, de modo que sus leyes no han llegado hasta nosotros; (ii) lo que sabemos acerca de ese Derecho proviene de los conquistadores españoles que no son dignos de entero crédito a este respecto; (iii) los relatos o versiones existentes son muy incompletos para reconstruir el sistema¹².

La tesis de J.H. WIGMORE inicialmente fue refutada como carente de validez por parte del gran historiador peruano Jorge BASADRE. La posibilidad de considerar la existencia de un Derecho pre-Inca e inca no se sostiene sobre la base de una fuente de conocimiento directo, como, por ejemplo, a través de los Códigos que, de un modo inmediato y concreto, permiten conocer las ideas, normas, instituciones, ordenamientos o sistemas vigentes en una época, sino a través de las fuentes indirectas, en primer lugar, los documentos de aplicación del Derecho, la literatura jurídica y también los documentos literarios y monumentos no jurídicos de diversa especie¹³. En ese sentido, si bien es cierto que las fuentes de conocimiento de las culturas pre-incaicas son muy escasas, y en el caso de la cultura incaicas “algo menos” escasas, sirven como fuente indirecta las representaciones plásticas como las cerámicas pre-hispánicas que reproducen juicios y aplicación de penas, por ejemplo, la cerámica mochica, mientras que eal respecto de la cultura incaica, se suma otras fuentes indirectas, como la literatura histórico-jurídico española y extranjera y documentos no jurídicos de valor complementario, por ejemplo, los trabajos desarrollados por los cronistas o historiadores¹⁴.

Pero, la respuesta a la interrogante de si existió el Derecho en el Imperio Incaico como respuesta “definitivamente afirmativa” , utilizando el argumento de que el Derecho está presente en toda sociedad, como fenómeno inmanente al hombre, cuando hay normas que rigen la conducta de los individuos que la conforman de una manera general y sanciones contra los que la incumplen o violan dichas normas y que estas normas y sanciones suponen ala vez una autoridad que colocada por encima de la gente común discrimine el derecho de cada cuál y regule su aplicación, de modo tal que, norma, autoridad y sanción constituyan el trípode que sustenta la vigencia del Derecho¹⁵; reglas de conducta que en el caso de los pueblos primitivos que carecen de conocimiento gráficos se mantienen por la tradición oral, sobre todo en la vida familiar, a veces en formas de mandamiento o refranes, por la observancia de la costumbre, y por la vigilancia del grupo que aprueba o rechaza el comportamiento de sus miembros, como fenómeno ocurrido en el caso del Derecho incaico recopilado por cronistas e historiadores que actuaron durante la conquista y el coloniaje español¹⁶, se ha visto en los últimos años seriamente cuestionada, sobre la base de nuevas consideraciones surgidas al interior de la teoría general del

11 WIGMORE, John Henry. A panorama of the world's legal systems. Vol. I. Saint Paul: West Publishing Company, c 1928, p. 1133.

12 MONTENEGRO BACA, José. Jornada de Trabajo en el Incanato; en: Enciclopedia Jurídica Omeba; T. XVII, Jact-Lega, Ed- Driskill Sa., Buenos Aires, 1963, p. 48.

13 BASADRE, Jorge. Los fundamentos de la historia del Derecho, Ed. Librería Internacional del Perú, Lima, 1956, p. 23.

14 BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano, Ed. Antena S.A., Lima, 1937, p. 72.

15 VARGAS, Javier. Op. cit., p. 55.

16 Ibid., p. 17,

Derecho y por nuevos descubrimientos de carácter histórico-antropológico del Incanato.

En efecto, en atención a las características de lo que podría ser denominado “Derecho pre-incaico” y “Derecho incaico”, con normas de organización política, económica y social mezcladas con costumbres religiosas y morales; y, de otro lado, el descubrimiento de que aquellas no fueron impuestas a “rajatabla” –como antes se creía-, porque la extensión incaica no fue producto exclusivo de la conquista, sino, fundamentalmente, de negociaciones basadas en la reciprocidad y redistribución en relación a otras culturas pre-hispánicas; y, sobre todo, considerando que el Estado inca recién estaba generando sus propias normas de regulación y control social, se señala que no hubo propiamente Derecho pre-incaico e incaico, empero sí un conjunto de normas de regulación y control social y económica, que bien pueden constituir un pre-Derecho (Derecho primitivo).

En ese sentido, UGARTE DEL PINO, sostiene que “todos los pueblos de la antigüedad, y dentro de esa clasificación, ubicamos en el antiguo Perú que los gobernantes se consideraron igualmente divinos y por tanto no pudo existir una clasificación clara del Derecho en áreas de aplicación, pues el Derecho es emancipación de la divinidad, y resulta artificial –mientras no encontremos un texto descifrado de un Código Penal de Pachacútec o de algún otro Inca o, del Señor de Sipán o de los Nazcas, Chimúes o de los Señores Chan-Chan, el pretender establecer un Derecho penal de esa época (...) La imposibilidad, además, de establecer un “Derecho penal incaico”, o anterior a él, se da por las circunstancias de que en América indígena no existió un gran desarrollo de la personalidad individual, base del Derecho penal, y en especial en el Perú, la penalidad trascendía hasta las Huacas. Nótese la preocupación de los generales Atahualpistas –Rumiñahui, Quisquis y Calcuchímac- de llegar lo más pronto al Cuzco para desenterrar las “Huacas” de los antepasados de Huáscar, con la finalidad de que Atahualpa recibiera la *Mascaipacha* y fuera reconocido como Inca, cosa que no pudo lograr (...) Pero definitivamente no podemos establecer un Derecho Penal, con catálogo de penas o individualización de las mismas”¹⁷. La represión penal aparece varias veces impregnada, fuertemente, con ciertas creencias mágicas. Por ejemplo, la prolongación del castigo hasta los antepasados del culpable, mediante la destrucción de tumbas y momias¹⁸. De allí que, más allá de si opta por considerar la existencia de un Derecho incaico, pre-incaico –posibilidad aún más remota- o se descarta esta posibilidad considerando el fenómeno socio-jurídico en referencia como “Derecho primitivo”, consideramos que no cabe la menor duda y que está plenamente acreditado que en el “Perú antiguo” sí existió un conjunto de sanciones para sancionar actos en la comunidad prehispánica, las mismas que fueron crueles e inhumanas y desconocieron en lo absoluto algún principio limitador del poder de sanción del soberano.

2.2. Estructura

17 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. El Bicentenario de Beccaria y la Evolución de las Ideas en el Derecho penal peruano; en: ROY FREYRE, Luis Eduardo; et. al. Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003, pp. 354-355.

18 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 26.

2.2.1. Principios Garantistas

En las culturas pre-incas e inca no existió algún principio garantista limitador del poder de sanción depositado en el soberano o inca. El carácter de divinidad de éste último impedía establecer límites a sus potestades, aún en lo concerniente a fijar criterios racionales de sanción. La existencia del principio de legalidad, la prohibición de la analogía de la ley penal para crear delitos o penas o circunstancias agravantes, el principio de garantía jurisdiccional y el principio de legalidad en la ejecución de la pena resultan impensables durante el Incario, ya que en este periodo como se ha dicho anteriormente la escritura fue desconocida. Por su parte, la existencia de delitos tales como “hacer enojar al inca”, “no mantener huacas o ídolos”, “no acercarse al Inca con una carga simbólica”, la aplicación de la pena de entierro por “quebrantar el voto de castidad” significaron la carencia de la más mínima idea en la mentalidad pre-colombina de exigir la causación de una lesión o la creación de un riesgo respecto a bienes jurídico como requisito para establecer una sanción, ni siquiera hubo la conciencia de la presencia de daño para el recurso a la pena.

Otro ejemplo, ocurría con el principio de finalidad preventiva-protectora y resocializadora de la pena. El mismo era vulnerado con el recurso a penas infamantes como el azotar en público, pegar con una piedra por la espalda o la reducción a una suerte de esclavitud (*yanacunas*) y, desde luego, con la aplicación de la pena capital, tan frecuentemente utilizada. La aplicación de penas crueles e inhumanas como el recurso a las mutilaciones y desmembramientos, así como el quebrantamiento de las piernas, el desdentamiento o los medios crueles de ejecución de la pena capital, tales como, los descuartizamientos o los colgamientos de cabellos fueron absolutamente incompatibles con la idea de una prevención-protectora y, desde luego, de resocialización. La única finalidad de la pena en el Incanato fue la retribución.

De otro lado, la aplicación de penas colectivas, que en algunos casos trascendieron hasta la cuarta generación del imputado o al pueblo entero donde este moraba, como por ejemplo, en la pena del “asolamiento”, significaron la negación del principio de responsabilidad personal o principio de culpabilidad, durante el incanato. Incluso, la omisión de la denuncia, según GARCILASO “*hazía suyo el delito ageno*”. Lo mismo ocurría cuando el autor de un hurto cometido por primera vez era exonerado de responsabilidad, pero el funcionario que tenía la custodia sobre éstos terminaba recibiendo una sanción severa. La finalidad retributiva de la pena no generó siquiera un mínimo esbozo del principio de proporcionalidad. La mayor de las veces la drasticidad del castigo no guardaba relación con la mayor o menor gravedad de la conducta. Ello se aprecia con la aplicación de la pena de “quebrantamiento de piernas” a los *chasquis* que no cumplían debidamente con sus deberes o en la imposición de “*penas pecuniarias*” para los casos de hijas o hermanas violadas por su padre o hermanos.

En general, la carencia de principios garantistas en la época pre-colombina queda demostrada de modo fehaciente con el recurso por parte de las culturas insertas en este periodo al sistema de ordalía y prueba mágica del culpable, como cuando se le echaba a la cárcel llena de animales salvajes o ponzoñosos y si el presunto malhechor

no perdía la vida era liberado porque se consideraba probada su inocencia (“*juicios de dios*”)¹⁹. No vamos a encontrar normas jurisdiccionales ni garantías individuales o colectivas como las que aparecerían en el siglo XVI y con posterioridad a éste²⁰. La exposición sobre los delitos y las penas aplicadas durante las culturas pre-colombinas confirman la negación de la presencia de cualquier principio limitador del *ius puniendi* en aquel tiempo.

2.2.2. Clasificación de Delitos

El sistema de sanciones incaico no presentó una clasificación de los delitos semejante a la codificación, en atención al desconocimiento de la escritura. Los estudiosos del Derecho aborígen han propuesto diversas fórmulas de clasificación de los delitos, en atención al bien jurídico lesionado. Entre las que destacan la clasificación de Jorge BASADRE, quien distribuye los delitos en 1) Infracciones al orden público y 2) Infracciones del orden social y privado, la interesante clasificación didáctica de Carlos Iván ZUÑIGA GUARDIA: 1) Delitos contra la Religión, (profanación de templos, blasfemias contra las personas del culto, coito con las vírgenes del Sol, enojar al Inca, hablar con las vírgenes del Sol y no mantener huacas o ídolos); 2) Delitos contra las buenas costumbres (incesto, sodomía, estupro, violación, embriaguez, prostitución, jugadores, pereza o vagancia y rapto de menores); 3) Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio, asesinato, regicidio, aborto, duelo, brujería, parricidio, incendiarismo, riña); 4) Delitos contra el honor (perjurio, mentiras, falsedades y difamaciones); 5) Delitos contra la familia (adulterio); 6) Delitos contra el patrimonio (hurto de bienes, robo, abigeato, de caza); 7) Delitos contra las autoridades (no acercarse al Inca con una carga simbólica); y 8) Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (deserción, indisciplina militar y traición militar)²¹.

En opinión de AGUILAR AVILÉS, entre las principales figuras delictivas reguladas en el sistema penal inca se encontraban las formas siguientes²²:

- a) Delitos contra el Estado: El más grave fue el levantamiento contra el poder real del Inca, su mujer y primogénito, el pueblo era arrasado, los cabecillas eran lapidados por la espalda, despellejados y descuartizados; la violación de un Ayllu tenía como castigo la pena capital; la deserción en tiempo de guerra era también sancionada con la pena de muerte por haber traicionado y abandonado a sus compañeros.
- b) Delitos contra la Administración: En especial, el de la justicia con la obligación de llevar informes periódicamente. Eran súper vigilados por veedores y pesquisidores y ante la omisión inmediatamente destituidos de sus

19 VARGAS, Javier, Op. cit., pp. 198-200.

20 BASADRE AYULO, Jorge. Consideraciones sobre Derecho Indiano; en: *Ius et Praxis*, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación, p. 263

21 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp.126-127.

22 AGUILAR AVILÉS, Dager. Análisis socio-histórico general del derecho penal inca desde sus orígenes hasta los inicios de la etapa republicana en América Latina; en: *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, mayo 2010, pp. 3-4. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/08/daa8.htm

cargos; la desobediencia de los curacas fue castigada con la muerte y en casos leves les daban azotes en la espalda.

- c) Delitos contra los bienes estatales: Uno de ellos era omitir trabajar la tierra tributaria, dándoles en público tres o cuatro golpes en la espalda; estaba prohibido ser holgazán y flojo; se penaba la destrucción de un puente con la pena capital, también el uso de la coca era monopolio del Inca y la matanza o caza de vicuñas.
- d) Delitos contra la fe pública: Quienes implantaban títulos eran condenados dejándoles caer una piedra de dos barras de alto sobre sus espaldas; el perjurio debía ser castigado con chicotes especiales hasta arrancarles las entrañas; la brujería y hechicería se reprimió cruelmente llevándoles hasta el Cuzco donde se encontraba el Rey (Inca) y allí les daban sentencia.
- e) Delitos contra las personas: El homicidio debía escarmentarse con la muerte; a quien cometía parricidio (dar muerte a sus abuelos o hijos); regicidio (matar al rey –Inca-, reina –Coya- y herederos); le arrastraban y asaetaban derrumbando su casa, perjudicando hasta la cuarta generación; el uxoricidio (matar a la mujer) les imponían el ahorcamiento, del mismo modo a quien mataba a los niños; en cuanto a las lesiones en riña o pelea cuando el ofendido no pudiese trabajar, se le recompensaba con el sustento de su hacienda y quien abortare o hiciere abortar moría ahorcado o apedreado.
- f) Delitos contra las buenas costumbres: especialmente contra la familia y el honor sexual la monogamia era obligatoria y la poligamia sancionada prohibiendo distintas clases de incesto entre hijos, hermanos, tíos y primos hasta el segundo grado, si lo hacían los miembros de la corte del Inca tenían muerte inmediata; no podía existir violación, estupro, incesto, adulterio y desfloración.
- g) Delitos contra la propiedad: Fueron escasos, si el ladrón obró con malicia era castigado pero si obró por necesidad no se imponían penas severas solo cuando se apropiaron cosas de la realeza.

2.2.2. Clasificación de Penas

En cuanto a las penas, se observan los castigos severos de esta época. (i) Pena de muerte: por ahorcamientos (homicidio, aborto, incesto, adulterio, proxenetismo, sodomía, bestialismo, hurto grave y reincidencia); decapitación (a los miembros de la nobleza); despeñamiento o ahorcamiento (violación, asesinato a niños); entierro (al quebrantar el voto de castidad), arrastramiento (en deshonores cuando había asesinato de un miembro de la familia real o sacerdotes, el cadáver era descuartizado); (ii) Penas Corporales: lapidación (para estupro, delitos menores, incesto y adulterio); apaleamiento (en hurtos o desobediencia a un curaca), reclusión perpetua y trabajos forzados (a quienes cometían adulterio); (iii) Penas infamantes: corte de cabello en varones (falso testimonio en caso de mujeres). (iv) Penas

pecuniarias: en cuanto a éstas no existieron en el Incario, ni tampoco la confiscación de bienes²³.

Al respecto, ROY FREYRE, siguiendo las ilustraciones presentadas por HUAMÁN POMA DE AYALA, en su obra “Nueva Crónica y Buen Gobierno” destaca las siguientes: (i) Muerte: Ejecutada de maneras diversas y por distintos motivos. Ej. despeñamiento (inceso o infanticidio); colgamiento de cabellos (violación); descuartizamiento (para los pontífices acusados de mentirosos); descuartizamiento (caso de traición militar); ahorcamiento y apedreamiento (para el que causaba la muerte dolosa de una mujer embarazada) etc.; (ii) Hoguera: Se aplicaba a los sodomitas y a quienes tenían coito furtivo con las vírgenes del Sol; (iii) Prisión perpetua: La pena aplicable al noble que delinquía; (iv) Encarcelamiento: En casos de brujería. (v) Tormento: En casos de adulterio con mujeres del mismo rango; (vi) Flagelación: En casos de incesto²⁴. La misma fuerza religiosa y fatal de las penas parece acordar a las prohibiciones ciertas características *tabú*, y GARCILASO afirma que el súbdito vinculaba su pecado a las pestes y malos años de, modo que el delincuente reconocido solía hacer confesión pública y espontánea de su crimen, para conjurar los daños con su pena²⁵.

Entre el catálogo de penas de los Incas, además de la pena muerte, los castigos afrentosos o infamantes, se destacaba como la más terrible y despiadada de las penas, el “asolamiento”, la cual consistía en privar la vida al autor del delito, a sus parientes y, a veces, a todos los moradores de un pueblo, destruyéndose las propiedades, arrancándose los árboles, sembrando de sal el suelo, de manera que no hubiese signo de vida y se suprimiese de la memoria el lugar que era víctima de sanción. El asolamiento se aplicó, según GARCILASO, en las rebeliones, sodomía, atentados contra el soberano o sus parientes, violación de las vírgenes del Sol, descuido o negligencia de gravedad en el servicio del Inca, seducción de las mujeres del soberano o vírgenes del Sol. También “las penas mutiladoras”, entre las cuales se encontraban, el corte de los artejos postrimeros de los dedos, que era aplicado a los haraganes y falsos testigos, el corte de la mano derecha, para el maestro o verdugo que se excedía en el castigo, la pérdida de otros miembros, el quebrantamiento de las piernas, en el caso de los chasquis que no cumplían con sus deberes, el desdentamiento, esto es, desdentar los dientes de la mandíbula superior, el enseñamiento, sacándoles los ojos; “la reducción a la esclavitud”, “la cárcel perpetua”, “Trabajo en minas”, “Silentamiento en la profesión”, lo que significó, el silencio perpetuo para quienes se hacían pasar por falsos adivinos, “quedar al servicio de las *acellas* o vírgenes del Sol”, para el caso de las doncellas que consintieron en el estupro o a las hijas violadas contra su voluntad por su padre o a la hermana violada sin su consentimiento, “penas pecuniarias”, entre otras. Varios cronistas nos cuentan la existencia de cárceles en el Imperio cuya sola mención hacía temblar a las gentes. Ellas constituían un lugar de expiación más que de seguridad. Relata CIEZA que en el Cuzco “había una cárcel de fieras como culebras, víboras, tigres, osos y otras sabandijas malas” a donde llevaban a los que incurrían en

23 Ibid., pp. 4-5.

24 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 127.

25 SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. T. I., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 4.

motines, conjuraciones o levantamientos. Si después de unos días no eran mordidos, los soltaban mostrando gran lastima y lo dejaban volver a sus poblaciones²⁶.

2.3. Características

En el Derecho incaico, la única fuente creadora era el Inca, máxima autoridad política y religiosa. La “ley” fue considerada de carácter divino y su violación un sacrilegio. Promulgada la “ley inca”, se hacía conocer al pueblo por medio de la divulgación oral por parte de funcionarios públicos encargados de su divulgación. Tales funcionarios fueron los *quipucamayoc* y *amautas*. También, por falta de escrituras, las normas jurídicas y sociales de los incas se sintetizaban en axiomas, proverbios y refranes²⁷; así como, en ferias y fiestas por intermedio de los *chasquis*. De modo que, el Imperio incaico aplicó una suerte de norma abstracta que si bien no fue escrita, se transmitía en las sentencias, refranes o mandamientos que se comunicaban oralmente como el famoso “*no sea ladrón, ni embustero, ni perezoso*”²⁸.

Las características del Derecho incaico han sido sistematizadas por ROY FREYRE como públicas, generales, antropológicas, políticas, talionales y drásticas:²⁹

- a) Público.- En razón de que sólo el Estado –Inca- tenía la atribución de fijar los delitos y las penas. El Inca o Jefe de Estado era considerado como un dios, de manera que las normas que dictaba tenían el alcance de un precepto religioso y que el ayllu inca dominó por conquista el territorio y requería imponer férreamente su señorío. En realidad, todos los delitos en el Imperio, o casi todos, podría decirse que, eran de carácter público porque atentaban contra el Estado y por tanto la pena era aplicada, por lo general de oficio³⁰. El castigo lo imponía el Estado: no era fruto de la venganza personal del agraviado o de la familia relacionados de aquel³¹.
- b) General.- Porque rigieron en todo el Tahuantinsuyo. El cronista HUAMÁN POMA DE AYALA escribía que las leyes del Inca “y penas se cumplían y mandaban a ejecutar, perpetuamente, en todo el reino; por eso no había pleitos”. También nos dice que “las sentencias en las que estaban fijadas las leyes y la justicia del Inca, regían en todo el reino”. Hay que diferenciar, también, el Derecho local admitido por los Incas y el general impuesto por éstos: “Sus leyes y ordenanzas eran de naturaleza general y válidas en todos sus reinos y las leyes particularmente autónomas de a las tribus, cuyo carácter era común de facto debido al parentesco cultural (GARCILASO). Sobre el Derecho consuetudinario local prevalecía el Derecho imperial³²”.

26 VARGAS, Javier, Op. cit., pp. 228-245.

27 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 26.

28 VARGAS, Javier, Op. cit. p. 194.

29 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp. 125-126.

30 VARGAS, Javier, Op. cit., 195.

31 Ibid., p. 200.

32 Ibid., p. 194.

- c) Antropológico.- En el sentido de que sólo el hombre era sujeto activo de delitos. Carlos Iván ZUÑIGA GUARDIA nos dice que no hay una sola información que revele que durante el Imperio de los Incas, los animales o las cosas hayan sido estimados como sujetos de derecho³³. Sin embargo, el hecho que la condición para calificar como sujeto activo de un delito haya sido “ser persona”, no significó de modo alguno la completa individualización de la pena, pues en el Imperio “se aplicaban castigos colectivos cuando ocurrían sublevaciones, atentados contra altos funcionarios, por realización de actos de brujería que causasen daños al prójimo, prácticas de sodomía y otros. Estos castigos incluían no sólo a las personas sino también a los bienes: las casas, los árboles, los objetos, arrasándose y quemándose todo, para que no quedase memoria de los desdichados. A veces comprendía a los hijos y demás descendientes y en otros casos alcanzaba a los ascendientes muertos, violándose sus tumbas y esparciéndose sus cenizas como lo hizo Atahualpa con el ayllu de Huáscar³⁴.
- d) Político.- Porque sirvió fundamentalmente para proteger el orden social establecido por el Estado Inca y garantizar su mantenimiento en el poder. El carácter penal era intimidatorio. No se perseguía tan sólo la corrección individual del delincuente sino de la sociedad toda, que contemplaba seguramente espantada la drasticidad del castigo³⁵.
- e) Talional.- Al efecto, HUAMÁN POMA DE AYALA nos dice en su obra “*Ordenanzas del Gran Gobierno de los Incas*” que se ordenó y mandó que “cualquier persona que matare muriese como mató”; que “si fuera con piedra y palos, que fuese muerto con piedra y palos”. “Que la pena se sentenciase y ejecutase”.
- f) Drástico.- En razón de que las penas fueron sumamente severas, esto es, severísimas. GARCILASO DE LA VEGA por su parte relata: “porque de efectuarse la pena de la ley con tanta severidad y de amar los hombres naturalmente la vida y aborrecer la muerte, venían a aborrecer el delito”³⁶.

2.4. Contexto Internacional

Hay autores que han encontrado los orígenes de algunos principios limitadores del *ius puniendi*, como por ejemplo, KREY con el principio de legalidad. Él considera que surge con la propia aparición del Derecho escrito remontándose hasta el Código de Hammurabi (según algunos, año 1950 a.C., según otros año 1700 a.C.), en el cual éste sostiene se formulaba a modo de exigencia que el derecho esté plasmado en grafías, accesible para cualquiera, de modo que se brinde seguridad jurídica a todos los ciudadanos³⁷. Otro autores, como aquellos adscritos al nacionalsocialismo, en la época del Tercer Reich alemán, sostuvieron que el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* nació en Roma (*Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des*

33 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 125.

34 VARGAS, Javier, Op. cit., p. 196.

35 Loc. cit.

36 Ibid., pp. 195-197.

37 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 261.

Preussischen Justizministeres [Hans KERRL, 2º edición, Berlín, 1933, p. 127); H. NIKOLAI, *Nationalsozialismus und Erneuerung des deutschen Strafrechts*, en *Deutsches Recht*, 1933, I, p. 61), con el objeto de denunciar que la concepción jurídica romana estaba informada de un individualismo extremo³⁸. Pero, a pesar de su formulación en latín el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* no tiene un origen romano, sino que surge con universalidad, como consecuencia de las ideas liberales procedentes de la Ilustración forjadas en los sucesos ocurridos durante el siglo XVIII³⁹, y tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, en que el hombre aspiró a la seguridad⁴⁰.

Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, con cita a VASSALLI, expone que: “Fue a partir del siglo II a.C., al establecerse el procedimiento penal mediante *quaestiones* a los jurados instituidos junto al magistrado, asignándoseles una competencia sobre figuras delictivas bien determinadas (ante todo con la *lex Calpurnia repetunderum* del 149 a. C.), cuando puede decirse que la punición por analogía fue severamente prohibida y el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* rígidamente impuesto [pero] sólo a esta fase del procedimiento penal romano. Pero, para todos aquellos hechos que quedaban fuera de las *quaestiones*, se recurrió necesariamente a aquella manifestación del *imperium* del magistrado que era la *coertio*, función que se desarrollaba *extra legem* y que sin ser *crimina*, ni desembocando en condena, proveía igualmente a los fines represivos. Mientras tanto, fue instituido por Augusto un nuevo procedimiento penal, el consulo-senatorio. Este nuevo Tribunal tenía competencia en todos los delitos y jurisdicciones y sobre todos los súbditos del Imperio. Lo importante es que podía imponer pena para los actos que no se hallaban prohibidos en las leyes penales, teniendo el Senado el derecho de aumentar o de disminuir a su arbitrio la cantidad legal de las penas. En suma, “podría, por tanto, no solo aplicar las leyes penales, sino corregirlas y suplirlas”. Además había un Tribunal extraordinario imperial, libre incluso para penar sin que la punibilidad estuviera prevista por la ley. Por ende, en la época imperial han de considerarse fuentes de las normas incriminadas, no sólo la ley, sino también las constituciones imperiales, los senatus-consultos, la costumbre, y además la interpretación tanto extensiva como analógica de las leyes penales. Entre tanto el antiguo procedimiento ordinario de las *quaestiones* se fue atrofiando, hasta que Diocleciano le suprimió definitivamente. Por tanto, casi podría darse un significado general a afirmaciones tales como la de Ferrini [*Diritto penale romano*, Milán, 1899, pp. 253 y ss.], según el cual “no sólo la interpretación extensiva, sino también la analogía están admitidas en el Derecho penal romano, tanto en el campo de los *delicta privata* como en los *crimina publica*”⁴¹. Su origen no coincide con el desarrollo del Derecho romano, el cual admitía la aplicación analógica de la ley penal al permitirle al juez castigar *ad exemplum legis*⁴².

Igualmente, se ha visto un antecedente del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en la Carta Magna leonesa de Alfonso IX en las Cortes de León (1188), en la cual se consagró el juicio legal de los pares como garantía ciudadana; el derecho al

38 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1964, p. 383.

39 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Ed. Gráfica Horizonte, Lima, 2000, p. 51.

40 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Op. cit., p. 384.

41 Ibid., pp. 384-385.

42 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Op. cit., p. 53.

domicilio o la santidad de la casa; la responsabilidad de los jueces en la aplicación y administración de justicia, etc. Lo reconoció también el artículo 38 de la Charta Magna inglesa (1215), según la cual: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”. Lo cual significa, en inglés: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled. Nor will we proceed with force against him except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land. To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice*”; y, en español: “*Ningún hombre será detenido, preso o desposeído, o proscripto, o muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, sino es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país*”. La Magna Carta o Magna Charta o *Great Charter* fue originalmente conocida como Carta de Libertades o *Charter of Liberties*, estuvo redactada en latín medieval y contuvo un total de 63 disposiciones o cláusulas. Su consagración considerada, con razón, como la matriz de las libertades individuales proclamadas después en todo el mundo civilizado⁴³.

No obstante se ha sostenido que: “No ha tenido eco el criterio que pretende considerar como origen inmediato del principio de legalidad a la Carta Magna impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan Sin Tierra en el año 1215. En el mejor, de los casos, creemos que ella sólo puede considerarse como un precedente valioso que pretendía proteger las garantías individuales y que buscaba implantar una mayor seguridad jurídica de los ciudadanos, todavía incipiente en aquellos tiempos”⁴⁴. Se alega en contra del origen del principio de legalidad en la Carta Magna que en ella se consagra la llamada “*rule of law*”, propia del derecho anglosajón, que a pesar de tener semejanzas con el principio de legalidad, presenta notorias diferencias. Mientras el principio de legalidad consagra el imperio de la ley, la “*rule of law*” es simplemente una garantía jurisdiccional. Se agrega la consideración que en el Derecho inglés hay una primacía del Derecho de los jueces sobre el Derecho estatutario o del Parlamento, situación que no sucede en el Derecho continental europeo basado justamente en el principio de legalidad. Por ejemplo, ZAFFARONI, en su Tratado, T.I; p. 132 apunta: “ningún autor inglés pretende que la Carta Magna haya contenido el principio de legalidad”⁴⁵. A ello se suma, la crítica de que las investigaciones antiguas y modernas coinciden en la índole aristocrática de la Magna Charta inglesa. Los pares de los que habla el artículo 39, están muy lejos de ser gentes del pueblo, como son la inmensa mayoría de los delincuentes, sino los prelados, condes barones y demás señores feudales; aunque se acepta que al menos en su diseño teórico no fue solo para los nobles puesto que el *liber homo* tiene una acepción mucho más amplia⁴⁶.

No obstante, sería la Constitutio Criminalis Carolina (1532), la encargada de jalonar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* de manera definitiva, pese a no preverlo explícitamente, al posibilitar la protección de los ciudadanos frente al arbitrio judicial y su marcada propensión a la seguridad jurídica, así mismo, fue tal codificación la encargada de abrirle las puertas para que se convirtiera en verdadero

43 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 262.

44 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Op. cit., p. 52.

45 Ibid., pp. 52-53.

46 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Op, cit. p. 385

patrimonio del pensamiento iluminista. A su turno, los pensadores de esta época⁴⁷ (VOLTAIRE, MONTESQUIEU, C. BECCARIA) sostuvieron la idea de la codificación, la presentación de la ley como garantía de la libertad humana y, en el campo del Derecho penal, el imperio de la ley como freno al poder desbordado del juez; desde luego estos planteamientos de los “padres espirituales” del principio de legalidad buscaban poner freno a la arbitrariedad judicial y hacían efectivas las dos ideas que hasta entonces habían posibilitado la génesis del axioma en comento: la ley escrita y la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal⁴⁸. Esto último, por el tiempo en que se produce, será comentado en extenso en el próximo apartado.

III. DERECHO PENAL INDIANO

3.1. Generalidades

El Derecho indiano constituye el conjunto de dispositivos normativos promulgados por los Reyes de España y los Virreyes dirigidos a regular las relaciones económicas, sociales y políticas de blancos, criollos, mestizos e indígenas durante el tiempo y en los territorios de las Colonias, que aquellos mantuvieron en nuestro Continente y en las Filipinas, a raíz del descubrimiento de América en 1492. Dio España para las Indias un Derecho penal propio, en que si bien se contemplaban las reglas aplicables

47 LOCKE, John (1632 - 1704), Segundo tratado sobre el gobierno civil, Ed. Tecnos, Madrid, 2006; Compendio del ensayo sobre el entendimiento humano, Ed. Tecnos, Madrid, 1999; Escritos sobre la tolerancia, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999; De las palabras, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1982; La racionalidad del cristianismo, Ed. Paulinas, Madrid, 1977; Two treatises of government, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1967; Versuch über den menschlichen Verstand, Ed. F. Meiner, Leipzig, 1913; HOBBS, Thomas (1588 – 1679). Leviatán, Ed. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004; Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos, Ed. Tecnos, Madrid, 2002; Tratado sobre el cuerpo, Ed. Trotta, Madrid, 2000; De cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2000; The collected works, Ed. Thoemmes Press; London: Routledge, 1992; Behemoth: el largo parlamento, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; The elements of law natural and politics, Ed. Frank Cass, London, 1984; DE LAS CASAS, Bartolomé (1484[] – 1566), Brevisima relación de la destrucción de las Indias, Ed. Cátedra, Madrid, 1984; Brevisima relación de la destrucción [sic] de las Indias, Ed. EDAF, Madrid, 2005; Cartas y memoriales, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995; Doce dudas, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1992; Apologética Historia Sumaria, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992; Tratados de 1552: impresos por Las Casas en Sevilla, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992; De Regia Potestate, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990; BACON, Francis (1561 – 1626), In conversation with Michel Archimbaud, Ed. Phaidon, London, 1993; El avance del saber, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1988; Escritos pedagógicos, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1986; Novum organum : aforismo sobre la interpretación de la naturaleza y el reino del hombre, Ed. Fontanella, Barcelona, 1979; Advancement of learning ; Novum Organum ; New Atlantis, Ed. Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952; Del adelanto y progreso de la ciencia divina humana., Ed. Lautaro, Buenos Aires, 1947; GROCIUS, Hugo (1583 - 1645), “The Freedom of the Seas (Latin and English version, Magoffin trans.) Traducido por Ralph van Deman Magoffin, Ed. James Brown Scott. New York: Oxford University Press. 1916; entre otros. El pensamiento libertario iniciado ya en parte en esta época se aprecia en la siguiente reflexión de HOBBS: “La libertad, de la cual se hace mención tan frecuente y honrosa en las historias y en la filosofía de los antiguos griegos y romanos, y en los escritos y discursos de quienes de ellos han recibido toda su educación en materia de política, no es la libertad de los hombres particulares, sino la libertad del Estado, que coincide con la que cada hombre tendría si no existieran leyes civiles ni Estado, en absoluto”. HOBBS, Thomas, Leviatán, Op. cit., p.148. Como resalta PRIETO SANCHÍS: “ A diferencia de los grandes sistemas filosóficos construidos en el Siglo XVII, el pensamiento de la Ilustración parece presentar cierta falta de originalidad: ‘el periodo de la Ilustración –dice CASSIRER- no elaboró una nueva filosofía política... no hay nada que no tenga su paralelo y su modelo en los libros de Locke, Grocio o Puffendorf”. PRIETO SANCHÍS, Luis, Filosofía penal del la Ilustración, Ed. Palestra, Lima, 2007, p. 7. En tal sentido, se sostiene que la Ilustración “trabaja con un material intelectual dado de antemano, cuando –como ocurre, sobre todo, con su imagen científico-natural del mundo- no ha hecho más que construir sobre los fundamentos dispuestos por el siglo XVII, dio, sin embargo, a todo lo que sus manos tocaron, un sentido nuevo y ha abierto un nuevo horizonte filosófico”. CASSIRER, Ernst, Filosofía de la Ilustración, Ed. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México D.F., 1975, pp.10-11

48 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 262.

a los peninsulares, concernían principalmente a los aborígenes, con un sentido marcadamente tutelar⁴⁹.

No entraremos a la interesantísima discusión propuesta por autorizados historiadores del Derecho que sostienen que “las Indias no eran colonias, sino provincias de la monarquía”⁵⁰, e, incluso, “un imperio por derecho propio”⁵¹. Lo cierto es que el Derecho indiano, en su aplicación práctica, se complementaba de manera supletoria por las normas que eran dictadas para la metrópoli que componían el Derecho de Castilla y León. Pero, vale la pena recordar que, si bien es cierto que en 1492 se había producido en España la unión de los reinos de Aragón con Castilla y León, “la incorporación de las Indias solamente [correspondió] a la corona de Castilla y León – y no a la de Aragón también-, [y esto] es la consecuencia de las bulas pontificias por las que se concedía el dominio a los Reyes Católicos “y sus herederos y sucesores los reyes de Castilla y León”, para cumplir la misión histórica de la conversión de los indios al cristianismo, concesión que a su vez era el resultado de las gestiones realizadas por la reina Isabel⁵².

Desde una perspectiva general, el Derecho indiano, que tuvo como fuente de recepción el Derecho Común, se diferenció de su antecesor, el Derecho medieval, gracias a su característica central de haber logrado la superación de la pluralidad de ordenamientos jurídicos forales, bajo el reconocimiento coactivo de la autoridad del monarca, como instancia decisiva en la creación, interpretación y aplicación del Derecho. La obra legislativa de España en sus colonias de América fue llevada a cabo mediante dos suertes de normas. Unas fueran dictadas especialmente para las Indias y constituyeron, con el andar de los años, todo el extenso cuerpo legislativo que se conoce con el nombre de Legislación Indiana y las otras vinieron a aplicarse por extensión, es decir por traslado de su aplicabilidad del territorio metropolitano al americano⁵³. Es innegable que las diferencia de vida, la calidad de las personas, las necesidades sociales, las costumbres distintas, la realidad, en suma, tan diversa, planteó la dación de leyes especialmente creadas para la Colonia.

Volviendo a la definición del Derecho penal indiano, SOLER refiriéndose a éste como “Derecho penal histórico”, sostiene que el mismo “debe ser referido a los cuerpos de legislación vigentes en la metrópoli, a las disposiciones de la corona destinadas especialmente para la América y finalmente a algunas disposiciones tomadas por los virreyes y gobernadores, ordinariamente de carácter policial”⁵⁴. De modo que, el Derecho Indiano se refiere al corpus que reúne las normas aplicables a las Colonias españolas, desde 1492 hasta la época de las codificaciones. La voluminosa legislación indiana preceptuaba deberes, derechos y responsabilidades de los colonizadores y de los funcionarios nombrados para gobernarlos. Esta legislación trató de transplantar a América el espíritu y la intención de la legislación

49 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1964, p. 961.

50 LEVENE, Ricardo. Derecho indiano y sus orígenes; en: Enciclopedia Jurídica Omeba; T. VII, Derecho, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, 269.

51 ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán. Los Reinos del Perú. Apuntes sobre la monarquía peruana, Ed. Dupla, Lima, 2001, 207.

52 LEVENE, Ricardo, Op. cit., p. 269.

53 PESSAGNO, Rodolfo G., BERNARDI, Humberto P. J. Temas de Historia Penal. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 205.

54 SOLER, Sebastián, Op. cit., p. 87.

metropolitana. Empero, la legislación de Castilla tenía en las colonias solo la fuerza de una norma supletoria⁵⁵.

3.2. Estructura

3.2.1. Principios Garantistas

En el Derecho indiano, se presentaron significativos progresos relacionados a la postulación de principios limitadores del *ius puniendi*. Con la llegada de la prédica cristiana aparece la noción de “persona” y el individuo se convierte en “portador de valores eternos”, en poseedor de “un alma capaz de salvarse o condenarse como resultado de su libre albedrío”⁵⁶. No obstante ello⁵⁷, las normas estuvieron opacadas por un tinte claramente discriminador, en favor del grupo de blancos hispánicos, en desmedro de las otras castas sociales. Por ejemplo, las Leyes Municipales del Cuzco otorgaron mayor valor a las declaraciones testificales de los hispanos, frente a la de los negros y mulatos. Esta misma legislación dispuso que los indios fueran sometidos al castigo físico, lo cual era considerado infamante para los españoles. También, los negros esclavos eran castigados por la infracción de las ordenanzas municipales con penas de azotes⁵⁸.

En ese contexto de desigualdad, se aprecia algún avance en el principio de legalidad y los principios relacionados a su postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, en cuanto se fijaron leyes concretas para restringir el poder de los jueces y someterlo a ley. La Recopilación de Leyes de Indias en el Libro VII, Título VIII, Ley XV. “*Que los Juezes no moderen las penas legales, y de ordenanza*”, establece: “*Nuestras Audiencias, Alcaldes del Crimen, Governadores, Corregidores, y Alcaldes mayores moderan las penas en que incurren los jugadores, y otros delincuentes, y por EFTA caufa no fe castigan los delitos, y exceffos como conviene. Y porque no les pertence e arbitrio en ellas, fino fu execucion, mándamos, que no las moderen, y guarden, y ejecuten las leyes, y ordenanzas, conforme á derecho, que efa es nueftra voluntad*”. Del mismo modo, dentro del mismo Título, la Ley XVI. “*Que las Iusfticias guarden las leyes, y ordenanzas en la execucion de las penas, aunque fean de muerte*” y Ley XVII. “*Que los Juezes no compongan delitos*”.

55 CRUZADO BALCAZAR, Alejandro. El proceso histórico y jurídico contra Atahualpa. Ed. Biblioteca Nacional del Perú- Fondo Editorial, Lima, 2006, p. 35.

56 UGARTE DEL PINO, Vicente, Op. cit., p. 355. “La rapidez de la obra de los misioneros es impresionante, dada la inmensidad del escenario americano, la precariedad de los medios, la codicia de los encomenderos y los obstáculos que muchos oponían pese a la buena intención de teólogos y juristas, que libraron una verdadera batalla por el imperio del Derecho y crearon como resultado de ello el Derecho de Gentes, las Leyes de Indias y muchos otros institutos vigentes hasta hoy, tales como: la jornada de trabajo de ocho horas y cinco días laborales a la semana: Ley VI, del Título VI, del Libro II de las Leyes de Indias de 1680, cuyo primer proyecto lo elaboró el gran codificador Juan de Ovando y el texto definitivo el exalumno sanmarquino Dr. Antonio de León Pinelo” Loc. cit.

57 Al respecto, UGARTE DEL PINO, comenta que “En el campo estrictamente penal, debemos recordar que en 1541 se consagra el principio de la inviolabilidad de la correspondencia entre España e Indias y, en 1592, se establece la penalidad para quien viole el secreto de la correspondencia. Leyes dadas en Madrid, consignadas en el Título XVI del libro III de la Recopilación de Leyes de Indias mencionadas, y las dadas en Burgos en 1592 y recogidas en la Recopilación de 1680 como Leyes VI y VII del mismo Título y Libro citado. Las penas consisten en condena a galeras por un año, a quienes interfirieran o abran pliegos o cartas procedentes del Nuevo Mundo. Siendo agravante el que la correspondencia fuera dirigida al Rey o a los miembros de su Consejo de Indias”. Ibid., p. 355.

58 VALIENTE OTS, Mauricio. Los grupos raciales en las ordenanzas municipales del Cuzco indiano. en: Revista Andina (Cuzco), 32/año 16.2, pp. 363 y ss. Vid infra.

De otro lado, el principio de proporcionalidad encuentra también un antecedente muy importante en la Recopilación de Leyes de Indias, en las cuales en el Libro VII, Título VIII, Ley X. “*Que los Indios puedan fer condenados á servicio persona de Conventos, y República*” se dispone“, se señala que la pena de servicios a los cuales eran sometidos los indios debía ser de carecer temporal y guardar proporción con el delito cometido, dejando la individualización de la sanción al criterio del juez. La ley en referencia a la letra señala: “(...) *Ordenamos y mandamos, que los Virreyes, Prefidentes, Audiencias, y Governadores (y no otros Juezes inferiores) los puedan condenar en algún servicio temporal, y no perpetuo, proporcionado al delito, en que fean bien tratados, ganen dineros, ó aprendan oficios, con calidad de que firvan en los Conventos, ó otras ocupaciones, ó ministerios de la Republica, y no á perfonas particulares, como está refuelto. Otrofi ordenamos, que haviendole de imponer á los Indios pena de destierro, no paffe del diftiro de la Ciudad Cabeca de Provincia, á que fu Pueblo fuere junto, fi no interviniere mucha caufa, según el arbitrio del Juez, y calidad del delito*”.

De otro lado, también en las Siete Partidas los principios de culpabilidad y proporcionalidad encuentran un antecedente. En ellas se manda a los Jueces que tengan en cuenta si el autor de un delito es viejo, mozo o siervo, “*e catar deuen*” todas estas cosas sobredichas para “*crecer o menguar o toller*” la pena. Igualmente, en las Siete Partidas, el germen del principio de finalidad preventivo especial y general de la pena se vislumbra junto a la ya consagrada finalidad retributiva cuando en éstas la pena se define como “*enmienda de pecho o escarmiento que es dado, según ley, a algunos, por los yerros que hicieron (...) “e dan esta pena los judgadores a los omes por dos razones: la una, porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es, porque todos los que lo oyeren e vieren tomen exemplo e apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de las penas*”. Sin embargo, el Derecho Indiano, primario y secundario –como veremos en el próximo acápite- presenta retrocesos como, por ejemplo, cuando el Ordenamiento de Alcalá vuelve a incorporar una suerte de “*venganza privada*” consagrada casi una siglo atrás por el Fuero Real, al permitir que el ofendido con el delito de adulterio puede matar a ambos adúlteros. La pena capital, la mutilación de miembros, o penas corporales siguieron siendo utilizadas.

3.2.2. Clasificación de los Delitos y las Penas

Los delitos y las penas durante la Colonia no estuvieron agrupados en cuerpos legales que sistematizaran con unidad de criterio y de principios jurídicos la regulación sobre una determinada materia a través de un código. El fenómeno de la codificación se produciría en los últimos años de la época colonial, recién con la dación de los Códigos franceses durante los primeros años del siglo XIX⁵⁹. La legislación colonial estuvo compuesta por constantes recopilaciones que intentaban actualizar y uniformizar las distintas leyes existentes para el territorio hispano y las Indias reuniéndolas en cuerpos legales. Los mismos no llegaron a conseguir la ansiada uniformidad, en la medida que éstos se limitaban a dar cuenta del conjunto de leyes, ordenarlas por materias y, en el mejor de los casos, llegaron a establecer un

59 En Francia, se dictaron durante el periodo de Napoleón Bonaparte, en el siguiente orden cronológico, el Código Civil de 1804, el Código de Procedimientos Civiles de 1807, el Código de Comercio de 1807, el Código de Instrucción Criminal de 1808 y el Código Penal de 1810.

orden de prelación o jerarquía. En ese sentido, de acuerdo a ROY FREYRE, en el Derecho Indiano cabe reconocer dos clases de fuentes jurídicas: primarias y secundarias:⁶⁰

- a) Fuentes Primarias: En lo referente al Perú, la legislación Indiana propiamente dicha estuvo condensada en los siguientes cuerpos de leyes:
 - i. Ordenanzas de Intendencias (1784 en el Virreinato del Perú).- El concepto de “Intendencia” o “Intendente” procede del francés *Intendant*. El mismo aludía a la entidad o al funcionario, según corresponda, que en el ámbito administrativo estaba a cargo de un determinado territorio -normalmente mediano-, en asuntos diversos, entre los cuales destacaba la recaudación de tributos; y, que únicamente eran dependientes del Rey. En 1784, se aplicó el régimen de intendencias en el Virreinato del Perú, en el contexto del llamado “reformismo borbónico” del siglo XVIII. La mayoría de las intendencias americanas estuvieron gobernadas por españoles peninsulares, mientras que las subdelegaciones estuvieron a cargo de criollos. Los intendentes habían de suceder a los gobernadores de las provincias. Por debajo de ellos, en lugar de los corregidores, que desaparecieron con la implantación del sistema intencional, se pondrían subdelegados en los partidos; de este modo, las provincias quedaban mejor atendidas. El intendente se convertía en una figura que ponía en conexión las altas esferas con el ámbito local. El Consejo de Indias era quien proponía los nombres de los posibles intendentes y el Rey el que ejecutaba el nombramiento. Los intendentes tenían cuatro esferas principales de gobierno: Justicia, Hacienda, Policía y Ejército; con un énfasis especial en la administración financiera. En definitiva, los intendentes tenían la dirección de las rentas reales de sus provincias y la de todos los derechos pertenecientes al Real Erario, así como todo lo referido a la cobranza de los tributos, una de las principales fuentes de las rentas de la Corona. También, debían perseguir y castigar los actos de fraude y contrabando. Uno de los principales aspectos que trataban las Ordenanzas de Intendentes era el económico, donde también estaban incluidos los indios, y los intendentes debían velar e inducir a los indios al cultivo, sobre todo de algodón, cáñamo y lino, repartiéndoles tierras si fuera necesario. Asimismo, se debía evitar, en cumplimiento de las leyes, “la ociosidad del indio”, “coartada perfecta, que ya habían utilizado los defensores de la institución del corregimiento”⁶¹. El tributo de los indios fue eje alrededor del cual gravitó todo el sistema de dominación, de control y aprovechamiento de la fuerza de trabajo de las poblaciones aborígenes⁶².
 - ii. Recopilación de Leyes de Indias (1680).- El volumen y la diversidad del conjunto de leyes destinadas a las Colonias creó numerosas dificultades a

60 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp. 129-132.

61 NAVARRO AZCUE, Concepción, RUIGÓMEZ GÓMEZ, María del Carmen. La ordenanza de intendentes y las comunidades indígenas del virreinato peruano: una reforma insuficiente ; en: Revista complutense de historia de América, ISSN 1132-8312, N° 19, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 218 y ss.

62 SILVA SANTISTEBAN. Historia del Perú, Perú Colonial, T.II, Ed. Buho, Lima, 1984, p. 39.

las autoridades para su puesta en práctica El Rey Carlos II promulgó la Recopilación de Leyes de Indias en 1680, luego de intensos trabajos de recopilación, principalmente, llevados a cabo por Juan de Ovando, Diego de Encinas, Antonio de León Pinelo y Juan de Solórzano Pereira, y, de esa forma, fue el primer texto de carácter oficial, que dividido en cuatro tomos y un total de nueve libros, contuvo 6,385 leyes, agrupadas en 218 títulos, para presentar el universo de leyes, de distinto rango, dictadas en diferentes años y por diferentes reyes, para regular todos los asuntos jurídicos que iban surgiendo en el “Nuevo mundo”, tanto civiles, como comerciales, administrativos, penales e incluso religiosos, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. No se trató de un Código, fenómeno jurídico que se produciría siglos después con el *Code Napoléon* (1804). Por el contrario, este texto no mantuvo una redacción correspondiente a una sola rama del Derecho, sino a un conjunto de leyes de variada procedencia y época. Por ello, se ha llegado a sostener que: “Este cuerpo de leyes es un caos en el que se hacinaron disposiciones de todo género”. La cita corresponde a Ortiz de Montellano y es respondida por el propio Jiménez de Asúa, en el sentido de que la misma carece de un justo sentido crítico, considerando las recopilaciones de la época⁶³. La verdad es que el maestro español Jiménez de Asúa presenta una clara parcialidad hacia lo hispánico, y, en particular, por el texto en comentario, que se deja traslucir en su posición respecto a la ejecución de Atahualpa, en Perú, Cuauhtémoc, en México, Huathey, en Cuba y Caupolicán, en Chile (1964: 966 y ss.); este apego por lo hispánico se apreciaba también cuando exponía, aunque con mayor justificación, que “el más importante documento de este tipo de legislación está constituido, por la *Recopilación de Leyes de Indias*, empezada por Antonio Maldonado, Fiscal de México, que terminó el Oidor de las mismas Audiencia doctor vasco de Puga. Su formación abarcaba estos años 1525-1563, 1671, 1596, 1628, 1680. Las Leyes de Indias merecen calurosos elogios por su prudencia y por contener preceptos que hoy pueden citarse como modelos de Política social y Política criminal, según afirma Viñas Mey. En una de sus leyes, del año 1621, se dice “que el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos que en castigarlos después de cometidos”. Se reconoce la pena pecuniaria en relación al caudal del indígena. Se regula el perdón para los negros cimarrones alzados en delito por vez primera; y a los indios bígamos y a los que riñeran, cuando son reos primarios de éstos delitos, sólo se les impone la amonestación⁶⁴. Los preceptos que hay en la Recopilación emanaron del legislador de la metrópoli. Se incluye en ellas leyes órdenes de reyes, sobre todo de los tres Felipes, II, III y IV, muy poco de los reyes Católicos, Cédulas del Consejo de Indias, acuerdos, consultas. En cuanto a su estructura, consta de IX Libros. Los Libros VI, VII y VIII, son los más importantes desde el punto de vista penal⁶⁵. En el Libro VII – compuesto de ocho títulos- se incardina el Título VIII “*De los delitos y penas y su aplicación*”, el

63 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 962.

64 Ibid., p. 961.

65 ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. Cit, p. 130.

mismo no se refiere a todas las penas establecidas, pero taxativamente hace alusión a la pena capital, marca, galeras, destierro, multa, que “las indias mancebas” se apremien a que se marchen “a sus pueblos a vivir” (ley 8); los indios pueden ser condenados a servicio personal en los conventos y en las repúblicas (ley 10). El mismo Título sanciona el falso testimonio, el adulterio. Por ejemplo, en el Libro II, Título XVII, (ley 8) se prescribía que “en las sentencias de muerte o mutilación de miembros, o penas corporales debía haber tres votos conforme”. El Título VII del Libro I, disponía que los prelados y los jueces eclesiásticos castiguen a los indios, atendiendo a la flaqueza, cortedad de ánimo y caudales de ellos”⁶⁶.

- iii. Ordenanzas de Toledo.- La visita general que realizó en el Perú entre 1570-1575 permitió a Toledo conocer la realidad del país. Adonde no pudo ir envió a visitadores que tomaron nota de la situación y le enviaron sus informes. En base de todo ello revisó las anteriores ordenanzas, las complementó y dio otras nuevas. Reglamentó todo aspecto de la vida virreinal: vida de las ciudades, cabildos, impuestos, administración de justicia, trabajo agrícola, minería, comercio, defensa, etc. Las “Ordenanzas de Toledo” fueron redactadas por los juristas Juan de Matienzo y Juan Polo de Ondegardo.
- iv. Leyes Municipales (1535- XVIII).- Estas normas no constituyen una legislación autónoma (a diferencia de los fueros medievales), emanada de una potestad excluyente de las ciudades, sino que forman parte de un único ordenamiento jurídico, basado en última instancia en la soberanía absoluta de la Corona. En el Derecho municipal de cada una de las ciudades americanas se pueden distinguir cuatro componentes: a) Ordenanzas municipales; b) Disposiciones y privilegios de la Corona; c) Costumbres locales; y d) Los bandos de buen gobierno. Las ordenanzas municipales del Cuzco se elaboraron en su totalidad durante el siglo XVI y pueden agruparse en cuatro períodos: gobernación de Francisco Pizarro, primer asalto regalista, intervención de Francisco de Toledo y el resto de la etapa colonial. Del contenido de las ordenanzas municipales estudiadas (que están en consonancia con el conjunto del Derecho indiano), es posible delimitar un estatuto jurídico diferenciado de los diferentes grupos raciales; este conjunto normativo específico de cada grupo no excluye la consideración legal de todos los pobladores de las Indias, sin excepción de estamento o raza, como súbditos de la Corona. La evolución del municipio indiano se caracterizó por la a) interrelación de poderes, donde todos los órganos de la administración tenían la posibilidad de intervenir en las causas de gobierno, justicia, ejército y hacienda de su ámbito territorial respectivo; cada autoridad contaba con un núcleo competencial centrado en una materia determinada (gubernativa, judicial, militar o hacendística) y un campo más amplio de interferencia en las restantes, reservándose siempre la Corona la última palabra en caso de conflicto; b) Flexibilidad institucional y legal, que significó la interrelación de poderes

66 En la página web de nuestro Congreso de la República existe un enlace virtual para observar la Recopilación de Leyes de Indias: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/LeyIndiaP.htm>.

y una falta de rigidez en la definición de los perfiles de cada administración; c) Doble comunicación entre los súbditos y la Corona. El vértice del sistema, sin el que no se pueden comprender la operatividad de estos principios, no se desentendía de sus potestades delegadas; para un buen funcionamiento del sistema era necesaria una información rápida y plural de todos los implicados en el funcionamiento de las diferentes administraciones, esto estaba asegurado en los cabildos con la participación de representantes de las autoridades superiores en sus reuniones (los corregidores y sus tenientes hasta la segunda mitad del siglo XVIII, en la que son sustituidos por los intendentes y los subdelegados), se mantiene una vía ejercida directamente tanto por cada uno de los súbditos como por los cabildos. Las ordenanzas municipales son denominadas por algunos autores como Derecho propiamente indiano o parte del Derecho indiano criollo. Los primeros conquistadores de las Indias no tardaron en elaborar ordenanzas para las poblaciones creadas por ellos; Francisco Pizarro, poco después de la fundación española de la ciudad del Cuzco, aprobó las primeras disposiciones destinadas a la protección de los naturales; su preocupación prioritaria era que, ante el pillaje y descontrol de sus huestes, no se descuidase la seguridad de los primeros vecinos españoles ante la abrumadora superioridad numérica de la población india. La especificidad de esta legislación y clasificar las normas que lo componen es el de la individualización del organismo destinatario de las mismas, esto es, el municipio indiano, pero siempre teniendo presente la unidad del ordenamiento jurídico. El conjunto de normas que dictan los conquistadores, gobernadores, visitadores, cabildos o directamente la Corona, conformó un Derecho municipal conservando en los libros de ordenanzas y provisiones de los archivos de las ciudades; del mismo modo que otros organismos como las Universidades, los gremios o los obispados contaron con un Derecho propio (pero no autónomo). Los elementos que componen el Derecho municipal de cada una de las ciudades americanas son las siguientes: a) Disposiciones y privilegios concedidos privativamente por la Corona. Componen un conjunto heterogéneo de disposiciones que van desde la concesión del título de la ciudad o villa hasta exenciones de normas de ámbito general; en el caso del Cuzco pueden ponerse como ejemplos las que le otorgan el privilegio de considerarla la ciudad cabecera del Perú y primer voto en las Cortes; b) Ordenanzas o Leyes municipales. Aprobadas por las más diferentes autoridades, en un primer periodo desordenadamente suelen contar con un proceso de progresiva sistematización, manteniendo su vigencia hasta el final del período colonial; c) Bandos de buen gobierno. En su contenido no se diferencian de las ordenanzas municipales, se caracterizan por provenir siempre de las autoridades superiores al cabildo; d) Costumbres locales. Gran parte de la actividad de los cabildos y la vida de las ciudades americanas se regía por prácticas consuetudinarias.⁶⁷

- v. Catálogo de Matraya.- En el año 1819, un sacerdote llamado José Matraya publicó en Lima un libro titulado “El moralista filatélico

67 VALIENTE OTS, Mauricio. Los grupos raciales en las ordenanzas municipales del Cuzco indiano. Op. cit., pp. 363 y ss.

americano” o “El confesor imparcial instruido en las obligaciones de su ministerio”. El libro tenía por finalidad que los sacerdotes adquirieran fundamentos sólidos para el ejercicio de su ministerio. Además, sin relación alguna con la finalidad del libro, contiene un catálogo cronológico de los Programáticos y Cédulas emanadas con posterioridad a la publicación de las Leyes de Indias de 1680 y entre los que se encuentran disposiciones de índole penal⁶⁸.

b) Fuentes Supletorias: No está demás insistir en observar que con el Derecho Indiano coexistió todo el Derecho de Castilla en calidad de fuente supletoria en las Colonias. Por tal, razón siempre que no se encontrase precepto aplicable en las fuentes peculiares del Derecho propiamente Indiano, había que acudir al Derecho Castellano. Las referidas fuentes fueron:

- i. Fuero Juzgo (649-672).- Es el cuerpo legislativo que contiene las leyes que rigieron la península Ibérica durante la dominación visigoda, estableciendo un ordenamiento jurídico común para los visigodos e hispánicos. El Fuero Juzgo es, seguramente, la primera de las grandes recopilaciones legislativas del medioevo. Se le conoce con el nombre de “*Liber Judiciorum*” –es decir, textualmente, “Libro de los juicios”- y en su redacción se cree que ha intervenido San Braulio, obispo de Zaragoza, a pedido del Rey de los Visigodos Rescevin⁶⁹. Otros aseguran que fue Ervigio y Flavio Egica quienes, entre 680 y el 687, dieron forma definitiva a ese cuerpo legal. Finalmente, Alcubilla, citando a Morales y Lardizabal, afirma que fue el XVI Concilio de Toledo el que proporcionó esta singular obra⁷⁰. Lo cierto es que estuvo redactado originalmente en latín, hasta el siglo XII, fecha en que fue traducido al castellano para se aplicase como fuero de la ciudad de Córdoba. La estructura de éste contiene un título preliminar, doce libros y un apéndice que contenía el “glosario de voces anticuadas y raras”. El Libro VI está referido a “*Los malfechos, et de las penas, et de los tormentos*”; el VII, “*De los furtos et de los engannos*”; el VIII, “*De las fuerzas, et de los dannos, et de los quebrantamientos*” y el IX, “*De los esclavos foidos et de los que se tornan*”. En ellos, sobresale la severidad de las sanciones que ya no son un pacto entre particulares, con la cual se adelanta a otros pueblos, sino resultante del “*imperium legis*”. En algunos casos los culpables eran entregados al ofendido o a su familia, siempre por disposición de la ley. De tal manera que no existe aquí una verdadera “*faida*” ya que los damnificados no podrían tomarse la justicia por mano propia. El talión y la composición, como formas de la pena pública, se mantienen, en cambio en el Fuero Juzgo⁷¹. Sin embargo, preceptuaba no pocas disposiciones acertadas, entre ellas la personalización del castigo al autor del hecho⁷².

68 ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 130.

69 PESSAGNO, Rodolfo G., Op. cit., p. 79.

70 Ibid., pp. 205-206.

71 Ibid., pp. 79-80.

72 Ibid., p. 206.

- ii. Fuero Real (1255).- Nace en 1255, del propósito alfonsino de unificar la legislación de su reino y se concedió como Fuero Municipal a varias localidades⁷³. Es una obra jurídica atribuida a Alfonso X El Sabio (Rey de León y Castilla entre 1252-1284). El Prólogo de este texto refiere el motivo de su elaboración: “se otorga para que todos los pueblos sepan vivir en paz y con arreglo a unas leyes. Leyes que castiguen a quien hiciera daño y que los buenos vivan seguros”. Pero, el mismo se elaboró con el objeto de sustituir las diversas leyes procedentes de los Fueros Municipales correspondientes a las diversas ciudades comprendidas en el reino y, de esa forma, conseguir una uniformidad jurídica y legislativa y acabar con el libre albedrío judicial sustentado en la pluralidad de fuentes jurídicas disformes. Éste toma como fuentes el Derecho romano, el Derecho de los godos (Derecho germano) y los usos y costumbres de las ciudades y los pueblos. La estructura del Fuero Real se divide en cuatro libros. El Libro uno trata acerca del Derecho canónico, Derecho público y a la Administración de Justicia. El Libro segundo está referido al proceso judicial. El Libro tercero contiene el Derecho civil. El Libro cuarto está referido al Derecho penal. El Fuero Real no llegó a ser promulgado, sino que fue presentándose como Fuero Municipal en poblaciones carentes de fuero y en poblaciones que contaban con éste. Por ejemplo, en 1256 en Peñafiel, Burgos, Soria, Buitrago, Cuellar, Santo Domingo de la Calzada. Ello conllevó a la oposición de la nobleza castellana, y también, de las propias ciudades, dado que respecto a las primeras, disminuía de forma considerable sus privilegios, y, en el caso de las segundas, porque reducía las competencias de los cabildos. En el Fuero Real hallamos, como en otros viejos Códigos de Espala, el principio de que es personal la pena: *“todo el mal se debe seguir a aquel que lo face, así que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la mujer por el marido”* (ley 9º, título V, del Libro IV)⁷⁴.
- iii. Las Siete Partidas (1256-1265).- Es la compilación efectuada a modo de enciclopedia de diversas leyes procedentes de los diversos Fueros Municipales, privilegios nobiliarios y costumbres realizadas por a Alfonso X El Sabio, con el objeto de alcanzar la unidad legislativa en sus reinos, en 1242. Esta obra jurídica, que estuvo precedida por el Fuero Real, es considerada como el monumento jurídico con mayor amplitud e importancia de toda la historia jurídica de Castilla y España. La misma encuentra sus fuentes principales en el Derecho romano (Código de Justiniano), el Derecho canónico y los fueros y costumbres castellano. Las mismas representan la cancelación del Derecho germánico y la recepción del Derecho romano con fuerte influjo del elemento canónico⁷⁵. El nombre de “Siete Partidas” se debe a esa obra está dividida en siete libros o partes correspondientes a siete grandes áreas temáticas. La Primera Partida estaba referida a la religión católica. La Segunda Partida referida a los reyes y a sus reinos. La Tercera Partida trataba acerca de la

73 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 719.

74 Ibid., pp. 719-720.

75 Ibid., 720.

justicia y el proceso. La Cuarta Partida estaba dedicada a la familia, al matrimonio y a la filiación. La Quinta Partida se refería a las obligaciones y a las fuentes de las obligaciones. La Sexta Partida abarcaba el campo de las sucesiones. Finalmente, la Séptima Partida estaba dedicada a los delitos y las penas. Cada una de estas partes contienen exposiciones teóricas, sobre las cuales se sustenta las normas. En ese sentido, existen numerosas citas a autores, obras, pensamientos y alegorías. Por ello, parece más una enciclopedia, dada su naturaleza, más doctrinal que legal. Las Siete Partidas fueron publicadas, más no fueron sancionadas, por lo que no tuvieron fuerza legal, hasta que años después fueron sancionadas bajo el nombre de Ordenamiento de Alcalá. En ella, la pena se define como *“enmienda de pecho o escarmiento que es dado, según ley, a algunos, por los yerros que hicieron”*. Expresamente se reconocen los dos fines de la pena que hoy denominamos prevención especial y general: *“e dan esta pena los judgadores a los omes por dos razones: la una, porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es, porque todos los que lo oyeren e vieren tomen exemplo e apercibimiento para guardarse que non yerren por miedo de las penas”*⁷⁶. Igualmente, el principio de proporcionalidad de la pena también encuentra en las Siete Partidas un valioso precedente, pues como afirma JIMÉNEZ DE ASÚA: *“La individualización de la pena –a que actualmente aspiran los escritores modernos- halla en las Partidas antecedentes gloriosos: se manda a los Jueces que tengan en cuenta si el autor de un delito es viejo, mozo o siervo, ‘e catar deuen’ todas estas cosas sobredichas para ‘crecer o menguar o toller’ la pena. Es decir, que incluso pueden suprimir (toller) el castigo, como actualmente se propone con el perdón judicial”*⁷⁷. Las Leyes de Partidas consagran un sistema de penas fijas y severas guiándose por un criterio marcadamente expiatorio; su texto sigue la idea de la ejemplificación, se proporciona la razón o base del precepto y la definición es común y generalmente encabeza los capítulos⁷⁸.

- iv. Ordenamiento de Alcalá (1348).- En 1348, en Alcalá de Henares, Alfonso XI sancionó un conjunto de 131 leyes con la intención de ordenar la indefinición legislativa procedente de la dispersión de distintas normas locales y estamentales. Dicho ordenamiento estableció un orden de jerarquía normativa para la aplicación de los distintos cuerpos legislativo. El primer lugar lo ocupa este ordenamiento, en segundo lugar, el Fuero Juzgo y los fueros locales o estamentales vigentes, y, en tercer lugar, las Siete Partidas. En caso de duda o vacío de las normas mencionadas se establecía que se recurriría a la interpretación del Rey. Con dicha medida se establecía la primacía, en el orden de prelación de fuentes, del derecho de la corona sobre cualquier otro de carácter territorial o local. De modo que, *“se dejó claramente establecida la suprema autoridad del monarca en punto a ejercicio de la potestad jurisdiccional”*⁷⁹. Éste se aplicó a los territorios con fueros municipales como, por ejemplo, León o Castilla.

76 Ibid., p. 721.

77 Loc. cit.

78 PESSAGNO, Rodolfo G., Op. cit., p. 206.

79 Ibid., p. 86.

Los preceptos de carácter penal no están orgánicamente agrupados, sino que se encuentran dispersos por los varios títulos de la obra. Entre los más interesantes se hallan los que tratan de los jueces prevaricadores, que pierden el oficio y pagan doblado lo que tomen; de los adúlteros, en cuyas disposiciones se vuelve lo establecido en el Fuero Real: el ofendido puede matar a ambos adúlteros, más no puede perdonar a uno y matar a otro (IV,7,2)⁸⁰.

- v. Ordenanzas Reales de Castilla (1484).- Es conocido también bajo el nombre de Ordenanzas de Montalvo y Ordenamiento de 1484. Los Reyes Católicos, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla, encomendaron al famoso jurista de la época Alonso Díez de Montalvo efectuar una recopilación de las normas jurídicas vigentes en el Reino de Castilla, obra que fue iniciada en 1480 y publicada por primera vez en 1484. La cual está compuesta por ocho libros subdivididos en distintos títulos que contiene 1,163 disposiciones sobre diversas materias. Su contenido está dividido en ocho libros. El Libro I se refiere al Derecho canónico. El Libro II trata acerca de Derecho político (oficios reales y de la Corte). El Libro III versa sobre Derecho procesal. El Libro IV abarca el Derecho político (clases sociales). El Libro V versa sobre Derecho civil (matrimonios, sucesiones, etc.). Los Libros VI y VII tratan sobre Derecho tributario y Derecho administrativo. Finalmente, el Libro VIII, estaba referido a Derecho penal y Derecho procesal penal. El texto legal no obtuvo el refrendo en de las Cortes por lo que no entró formalmente en vigor, pese a ello en la práctica forense y en la vida jurídica en general fue frecuentemente utilizado.
- vi. Leyes de Toro (1505).- Es un conjunto de tan solo 83 leyes, que fueron promulgadas el 7 de marzo de 1505 por la Reina Juana I de Castilla, a petición de las Cortes de Toledo de 1502⁸¹. Es el fruto legislativo de una comisión de letrados entre quienes destacan el obispo de Córdoba y los juristas Díaz de Montalvo, Galíndez de Carvajal y Palacio Rubio. Las mismas actualizan el corpus legislativo de la Corona de Castilla durante toda la Edad Media y lo coordina con los fueros municipales y los privilegios nobiliarios y eclesiásticos. Tratan sobre diversos aspectos jurídicos que incluyen el Derecho civil, sucesorio, matrimonial, procesal, y penal. Tienen, no obstante, interés para el Derecho privado; pero son de escasa importancia para el penal. Solamente en las últimas leyes se hallan disposiciones sobre adulterio y testigos falsos⁸²; así como, la prisión por deudas de la que excusaba a las mujeres⁸³. En ellas se estableció la regulación del mayorazgo, que garantizó el predominio social de las familias de la alta nobleza y fueron la base de las siguientes recopilaciones legislativas (Nueva Recopilación y Novísima Recopilación).

80 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 746.

81 Ibid., p.747.

82 Loc. cit.

83 PESSAGNO, Rodolfo G., Op. cit., p. 206.

- vii. Nueva Recopilación (1567).- En 1504, la Reina Isabel I de Castilla, ordenó que se formase una nueva recopilación con el objetivo de depurar los defectos del Ordenamiento de Montalvo y reunir la totalidad de las disposiciones vigentes en el reino en un único volumen. La misma fue sancionada oficialmente bajo el nombre de “*Recopilación de las leyes destos Reynos*” (1567), y es mayormente conocida como la “Nueva Recopilación”. La tarea fue elaborada por prestigiosos jurista. Entre ellos destacan Galíndez de Carvajal, Pedro López de Alcocer y Bartolomé de Atienza. Esta se estructura en nueve libros divididos en títulos y leyes. Al Derecho penal y procedimiento criminal está consagrado el Libro VIII, que contiene 26 títulos. El orden de materias es el siguiente: Religión (títulos II a V), Usura (VI), Juegos (VII), Desafíos (VIII-IX), Injurias (X), Robos (XI al XIII), Levantamientos (XV), Remisión de la pena (XVI), Falsedad (XVII), Traición (XVIII), Honestidad (XIX al XXI), Homicidio (XXII y XXIII), Sufrimiento y galera (XXIV), Indulto (XXV) y Confiscación (XXVI). El conjunto de este cuerpo legal era deficiente y las penas excesivamente crueles, varias de las cuales importaban verdaderos retrocesos⁸⁴.
- viii. Novísima Recopilación (1805).- En 1805, el 15 de julio, el Rey Carlos IV sanciona la última recopilación oficial de la legislación castellana. La misma se divide en 12 libros y 340 títulos, que contienen más de 4.000 leyes. El Libro I está reservado a la Santa Iglesia. El Libro II versa sobre la jurisdicción eclesiástica. El Libro III está referido al rey y su corte. El Libro IV trata acerca de la real jurisdicción ordinaria. El Libro V se refiere a las “*Chancillerías y Audiencias del Reyno: sus ministros y oficiales*”. El Libro VI regula lo concerniente a los vasallos. El Libro VII versa sobre los pueblos y su gobierno civil, económico y político. El Libro VIII trata acerca de las ciencias, artes y oficios. El Libro IX regula el comercio, la moneda y las minas. El Libro X está reservado para los contratos y obligaciones, testamentos y herencias. El Libro XI versa sobre los juicios civiles, ordinarios y ejecutivos. Finalmente, el Libro XII regula los delitos y sus penas y los procesos penales. En él se hallan algunos preceptos, sobre todo los de tiempos de Carlos III, que denotan en sus autores el conocimiento de las tendencias humanizadoras que en otros países se iban realizando por entonces. Entre estas disposiciones es digna de recuerdo una pragmática de este monarca en la que se suprimen las penas perpetuas, introduciéndose para los reos más graves la llamada “cláusula de retención” (Libro XII, tit. XL, ley 7º, Pragmática de Carlos III, de 12 de marzo de 1771). No obstante estas escasas excepciones, el sistema penal de la Novísima Recopilación se caracteriza por su extrema dureza⁸⁵.

3.3. Características

⁸⁴ Loc. cit.

⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 748.

De acuerdo al relato de LEVENE, el Derecho penal en Castilla y León había evolucionado notablemente, atenuándose la ferocidad y el espíritu de crueldad que caracterizó la legislación foral, hasta lograr expresiones humanitarias en la Partida VII⁸⁶. La pena capital se aplicaba en diversas formas, predominando la horca, la decapitación, el garrote (o estrangulamiento por medio de una cuerda que se apretaba con un torniquete) y el arcabuceo para los militares⁸⁷. Según Joaquín ESCRICHE, “arcabucear” significa “pasar por las armas: género de pena capital que se usa en la milicia, reducido a quitar a alguno la vida disparándole tiros de fusil. No está tenida por infamante esta pena, a pesar de que en su ejecución se observa la ceremonia de arcabucear por la espalda a los reos de delitos infamantes”⁸⁸. Para la pena de muerte y la de azotes se guardaban formas solemnes, según las cuales, el reo era sacado a las calles hasta la Plaza Mayor, generalmente, donde se levantaba el rollo, acompañado de religiosos y soldados, con el instrumento del delito pendiente del cuello. Sólo en casos excepcionales se aplicaba la pena de muerte. La pena de azotes era afrentosa y se aplicaba a espaldas desnudas, por las calles y en la plaza, o, al pie de la hora, y no se hacía lugar a su ejecución, reservada dentro de la cárcel. El tormento para obtener la prueba, legislado en el Fuero Juzgo y en las Partidas, se aplicó, aunque no frecuentemente. Para custodia y guardia de los delincuentes, dice una ley de Indias de 1578, se mandaban a construir cárceles en ciudades, villas y lugares⁸⁹.

Para los indígenas, la dominación española significó no solamente el despojo de sus medios esenciales de producción, sino también la imposibilidad de volverlos a organizar a su manera; causa fundamental de su desestructuración. Las nuevas formas y sistemas de la economía colonial subordinaron por completo la fuerza de trabajo indígena a los intereses del nuevo grupo, esencialmente urbanos. Se formaron concentraciones masivas, las *reducciones*, para distribuir luego a los individuos al trabajo de las minas, obrajes y haciendas, una vez organizada la *mita*. Al buscar el mayor rendimiento de la fuerza laboral de los indios y al mermar su acceso a los bienes de consumo, se rompió el equilibrio entre la producción y la población. Finalmente, las bases conceptuales de la cosmovisión y la razón de ser del hombre mismo fueron desbaratadas; y la masa indígena, al no poder comprender la causa de este cataclismo, despojada de sus valores fundamentales, desarraiga de su tierra, desarticuladas sus relaciones de intercambio y reciprocidad, quedó aletargada e inerme; reducida al más extremo grado de desmoralización e impotencia. Sobre los templos incaicos se levantaron iglesias y capillas y encima de cada huaco se plantó una cruz⁹⁰.

En cuanto la sumisión de la indígena peruana, se ha dicho que “la sumisión comienza en el Imperio al recibir las indias por maridos, en una asamblea matrimonial, a hombres a quienes no amaban, o al ir a formar parte de un serrallo. Todo el mundo se creyó con derecho a violarla. Clérigos corrompidos y malvados hacían más odiosos los crímenes de los opresores. Para reprimirlos el Rey expedía una Cédula, el 30 de octubre de 1593, que describe, sin tapujos el panorama: ‘Yo he

86 LEVENE, Ricardo, Op. cit., p. 281.

87 Ibid., p. 282.

88 ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, T. I., “A”, 3ª ed. corr. y aum., Publicación Madrid: Librería de la Señora Vda. e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847, Madrid, p. 259.

89 LEVENE, Ricardo, Op. cit., p. 282.

90 SILVA SANTISTEVAN, Jesús-María, Op. cit., pp. 12-13.

sido informado –decía exrey al señor Arzobispo de la ciudad de los Reyes- que de muchos clérigos de los que están en las doctrinas de indios en vuestro distrito, ha muchas quejas de muertes y malos tratos que cometen y hacen dichos indios, y fuerzas a sus mujeres e hijas, e imposiciones y robos de sus haciendas, y aunque el Virrey os lo remite para que los castiguéis, no los hacéis, sino algunas condenaciones de dineros aplicados a vuestra voluntad, y dejáis los delincuentes en las mismas doctrinas, con que vuelven a reincidir en su vicios y robos, y porque estos casos son muy fuertes y en gran ofensa de Nuestro Señor y daño de los dichos indios; os ruego y encargo que las cosas semejantes que hubiere que remediar las remedéis y castiguéis con el cuidado que conviene al servicio de nuestro Señor, y como se confía en vuestro buen celo y religión’. Las indígenas acabaron por convencerse de que tenían la obligación de satisfacer, sin murmurar, todos los caprichos sexuales de sus dominadores”⁹¹.

Aunque cabe señalar que, en el caso de la implantación del Derecho español durante la colonización de América, no podemos decir que se trata de un simple trasplante, dado que los españoles encontraron a su llegada una cultura altamente desarrollada, cuyo Derecho tuvieron que tener en cuenta. Más tampoco puede hablarse de una recepción, porque los aborígenes no aceptaron consciente y voluntariamente ese derecho foráneo. No fue un proceso bilateral. De un lado, los conquistadores españoles trajeron su Derecho y lo aplicaron y, de otro lado, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición –mediante la fuerza y la destrucción- de un Derecho foráneo a los pueblos conquistados⁹². Junto a su lengua, religión, sistema económico y político, los españoles trajeron e impusieron su Derecho⁹³. Estas normas, como sucedió en forma más notoria con las referentes al denominado “derecho social indiano”, no fueron cumplidas. Los funcionarios encargados de su aplicación no las acataron, en provecho de sí mismos, para lo cual muchas veces se apoyaron en la posibilidad que brindaba la misma legislación de no ser aplicada en caso pudiera dar lugar a escándalo o daño irreparable. La separación abismal entre el Derecho y la realidad se encuentra cristalizada en la fórmula “se acata pero no se cumple”⁹⁴.

3.4. Contexto Internacional

La Filosofía de la Ilustración⁹⁵ florecida durante el Siglo XVIII desembocó en materia penal en el Derecho penal de la Ilustración⁹⁶. El principio *nullum crimen*

91 VILLAVICENCIO DE LA PORTILLA, Víctor L. La vida sexual del indígena peruano (Continuación); en: Revista Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 2, Julio- Agosto-Setiembre, 1954, Lima, pp. 55-56.

92 HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I., Ed. Grijley, Lima, 2005, p. 90.

93 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 28.

94 Ibid., p. 31.

95 KANT, Immanuel (1724 – 1804), Crítica de la razón pura, Ed. Alfaguara, Madrid, 1978; Crítica de la razón práctica, Ed. Madrid, Espasa Calpe, 1975; Prolegómenos para toda metafísica futura, Madrid, Ed. Alhambra, 1986; Crítica del juicio, Madrid, Espasa Calpe, 1977; ¿Qué es Ilustración?, Madrid, Ed. Tecnos, 1989; Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1980; La paz perpetua, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; La religión dentro de los límites de la propia razón, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1981; La metafísica de las costumbres, Ed. Tecnos, 1989; El conflicto de las facultades, Ed. Lozada Losada, Madrid, 1963; Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y lo sublime, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990; MONTESQUIEU, Charles (1689-1755), Del espíritu de las leyes, Ed. Orbis; Hyspamerica, Buenos Aires 1984; Grandeza y decadencia de los romanos, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1962; The spirit of laws, Ed. Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952; Cartas persianas, Ed. Librería de Ortal, Cádiz, 1822; ROUSSEAU, Jean-Jacques (1712-1778), Las confesiones, Ed. Conaculta, México, D.F. 1998; Instrucción de un padre a su hijo sobre el modo de conducirse en este mundo, Ed. Instituto de Estudios sobre Nacionalismos

nullum poena sine lege adquiere una nueva consagración en Norteamérica, donde llega con los inmigrantes ingleses para ser grabado en aquellas Constituciones. Entre las cuales destacan, en primer lugar, la Constitución de Filadelfia de 1774, el artículo 8 de la Constitución de Virginia de 12 de junio de 1776, que a la letra señala: “*That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor, and to a speedy trial by an impartial jury of twelve men of his vicinage, without whose unanimous consent he cannot be found guilty; nor can he be compelled to give evidence against himself; that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or the judgment of his peers*”, y la de Maryland de 11 de noviembre del mismo año, cuyo artículo 15, dice: “*That retrospective laws, punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust, and incompatible with liberty; wherefore no ex post facto law ought to be made*”, en español: “Las leyes retroactivas, que declaran criminales o castigan actos cometidos antes de la existencia de dichas leyes, son injustas e incompatibles con la libertad. En lo sucesivo no deberán dictarse leyes ex post facto”⁹⁷.

Comparados, Vitoria, 1996; El contrato social, Ed. Ediciones Íntegra, Madrid, 2004; ; Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros, Ed. Tecnos, Madrid, 1987; Discurso sobre la economía política, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; El contrato social o principios de derecho político. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad, Ed. Porrúa, México, D.F., 1979; Escritos de combate, Ed. Alfaguara, Madrid, 1979; Emilio, Ed. Safian, Buenos Aires, 1955; El contrato social, ó principios del derecho político, Ed. Imp. de Ramos, Madrid, 1821; LEIBNIZ, Gottfried (1646-1716), Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992; Filosofía para princesas, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1989; Escritos políticos, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979; Discurso de metafísica, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1972; Teodicea : ensayos sobre la bondad de Dios, la libertad del hombre y el origen del mal, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946; Correspondencia con Arnauld, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946; Tratados fundamentales, Ed. Losada, Buenos Aires, 1939; entre otros. La idea más importante del Siglo de las Luces es la racionalización de las ideas. “La ciencia, en cuanto tal, se niega a reconocer nada sobrenatural o nada suprahistórico. Ya hemos visto que de esta negativa surge una nueva forma del concepto y del conocimiento de Dios, de religiosidad y de teología. La concepción de los teólogos y “neólogos” del siglo XVIII se apoya siempre en el concepto y “en la exigencia de una crítica histórica de las fuentes religiosas” CASSIRER, Ernst, Op. cit. p. 224. Ello, a su vez desemboca en la idea de “hallar una forma de asociación que defienda y proteja la persona y los bienes de cada asociado con todas las fuerzas de la comunidad, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y que quede por lo tanto en la misma libertad de antes”. Tal es el problema al que da solución el contrato social”. ROUSSEAU, Jean-Jacques, El contrato social, Op. cit, p.28

96 BECCARIA, Cesare (1738 - 1794), De los delitos y de las penas, Ed. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005; BENTHAM, Jeremy (1748 - 1832), Tratado de las pruebas judiciales, T.I-II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959; Nomografía o el arte de redactar leyes, Ed. Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; Falacias políticas, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; An introduction to the principles of morals and legislation, Ed.. Hafnew, New York, 1973; Escritos económicos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1965; A comment on the commentaries and a fragment on government, Ed. University of London, London, 1977; FILANGIERI, Gaetano (1753 - 1788), Ciencia de la legislación, Ed. Burdeos, Don Pedro Beaume, 1823; CARRARA, Francesco, (1805 - 1888), Opúsculos de derecho criminal, T.I-IV, Ed. Temis, Bogotá, 1976; Programa de derecho criminal, T.I-X, Ed. Temis, Bogotá, 1971. El pensamiento de BECCARIA es claramente iniciador del Derecho penal humanista: “Fue, pues, la necesidad la que construyó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es, pues, cierto que cada uno no quiere poner de ella en el depósito más que la mínima porción posible, la que baste para inducir a los demás a defenderlo. La agregación de estas mismas porciones posibles constituye el derecho de pensar, todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho no ya derecho. Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública son injustas por su propia naturaleza; y tanto más injustas son cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad que el soberano conserva a sus súbditos”. BECCARIA, Cesare, Op. cit., p. 22. El mismo autor luego, en uno de los puntos fundamentales de su pensamiento afirma: “Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos los cálculos de los bienes y los males de la vida”. Ibid. p. 118-119. Igualmente, CARRARA, esboza el principio de proporcionalidad cuando refiere: “ (...) es fácil ver que la energía de la represión, o sea de la defensa, debe guardar relación con los males causados por las ofensas, y que, en consecuencia, la correspondiente gravedad de estas debe medirse conforme a la correspondiente gravedad de aquellos”. CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, T.I, Op. cit., p.142.

97 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Op. cit., p. 386-387.

Incluso, pueden presentarse antecedentes en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786, para su Principado, en cuyo artículo 62, según MANZINI, se pusieron límites jurídicos a la potestad penal del príncipe. También se recuerda que incluso en la *Josephina* austríaca de 1787 o Código Penal austriaco de José II, en su parte I § 1, lo mismo que en la Codificación General para los Estados prusianos (1794), en el § 9, II parte, título 20, fruto tardío del gobierno de Federico II de Prusia, se reproducen las máximas de la Charta Magna⁹⁸.

Pero fue en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere “universalidad” y cuando logra definitivo imperio⁹⁹. En ella, encontraron reconocimiento garantías procesales (artículos 7) y garantías penales (artículo 8 y 9), pasando a las constituciones francesas de 1791 (artículos 8 y 10) y 1793 (artículo 14) y, finalmente, a Code Pénal Napoleón de 1810 (artículo 4), que serviría de modelo a los preceptos de legislaciones penales del siglo XIX, y a múltiples consagraciones constitucionales. Aunque no siempre fue respetado: el Decreto que facultaba al Tribunal para darse por enterado y poner fin al proceso, que Robespierre escribió de su puño y letra para el caso de los girondinos, se aplicó en abierta infracción de la Constitución de 1793, entonces vigente¹⁰⁰.

En efecto, en 1789, la Asamblea Constituyente francesa adoptó la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El Preámbulo de la misma expone que la principal causa de los problemas sociales radica en “la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos” y, expresa que el objeto de aquella es exponer en una declaración solemne estos derechos a los que consagra como “naturales, imprescriptibles e inalienables”, y concientizar a la sociedad entorno a ellos, con la finalidad de encauzar “los actos de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno” y “para que las aspiraciones futuras de los ciudadanos” puedan “tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad general”.

En ese sentido, se aprecia diversas disposiciones que contienen entremezclados varios principios limitadores del *ius puniendi*. El principio de lesividad se encuentran consagrado en la primera parte del artículo V de la Declaración de 1789, que refiere: “*La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad*”. Nuevamente, el principio de lesividad encuentra un enunciado que lo complementa, aunque, mantiene mayor referencia al principio de proporcionalidad en el artículo VIII de la Declaración de 1789 que dispone: “*La Ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son evidentemente necesarias*”. El artículo X refiere: “*Ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aún por sus ideas religiosas, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden públicos establecido*” Esto último guarda relación con el principio de lesividad y también sienta las bases para un futuro desarrollo del principio de culpabilidad.

Por su parte, el principio de legalidad se encuentra reflejado en varias disposiciones de la Declaración de 1789. La parte final de su artículo V establece: “*Lo que no está*

⁹⁸ Ibid., p. 387. Vid. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 262.

⁹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Op. cit., p. 387.

¹⁰⁰ Loc. cit.

prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena". El principio de legalidad se complementa con el enunciado contenido en la parte final del artículo VIII de la Declaración de 1789: *"nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada"* Los principios de garantía jurisdiccional y legalidad en la ejecución de la pena, se encuentran previstos en el artículo VII de la Declaración de 1789 que señala: *"Ningún hombre puede ser acusado, arrestado y mantenido en confinamiento, excepto en los casos determinados por la ley, y de acuerdo con las formas por éste prescritas. Todo aquél que promueva, solicite, ejecute o haga que sean ejecutadas órdenes arbitrarias, debe ser castigado, y todo ciudadano requerido o aprehendido por virtud de la ley debe obedecer inmediatamente, y se hace culpable si ofrece resistencia"*. Es de resaltar que la frase *"nadie debe ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ofensa y legalmente aplicada"* (artículo VII) está referido también al principio de garantía jurisdiccional. Finalmente, en cuanto respecta a materia penal, el principio de presunción de inocencia se consagra en el artículo IX de la Declaración de 1789 que estipula: *"Todo hombre es considerado inocente hasta que ha sido convicto. Por lo tanto, siempre que su detención se haga indispensable, se ha de evitar por la ley cualquier rigor mayor del indispensable para asegurar su persona"*.

Aunque es bueno precisarlo, ya en la Petición de Derechos de los Estados Americanos, anterior a la Revolución de 1789 y concreción de la cual son las enmiendas V y VI de 1791 a la Constitución de aquel año, se había reconocido expresamente. Además de los anteriores precedentes debemos mencionar el Código bávaro de 1813 elaborado por P.J.A. FEUERBACH, en cuyo artículo 1 se estipuló este axioma con amplitud. Fue, justamente, el padre de la ciencia penal alemana el encargado de darle su formulación latina tal como se le conoce hoy¹⁰¹. "Aunque, también puede hallarse una referencia en BECCARIA para quien: 'Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social'¹⁰².

IV. DERECHO PENAL NACIONAL

4.1. Generalidades

La historia del Derecho peruano es la historia de la formación paulatina de un Derecho nacional, a través de las diversas influencias recibidas, todas ellas susceptibles de considerarse extranjeras en el momento de su aparición, hasta que al enraizarse o no en la realidad y al sufrir la acción del medio, pasan por un proceso de nacionalización. El Perú, a pesar de haber conseguido su independencia política en 1821, mantuvo de facto vigente el ordenamiento jurídico imperante en la Colonia. El cambio únicamente se produjo respecto a las personas a cargo de ejercer la potestad de hacer cumplir las leyes, pero las normas del Derecho indiano y del Derecho castellano siguieron rigiendo la vida de los primeros años del Perú republicano. La independencia del dominio español no comportó la ruptura del sistema socioeconómico desarrollado y consolidado durante tres siglos de coloniaje. La

101 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 263.

102 URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Op. cit., p. 54.

emancipación “no tuvo propagación social, ni cultural de amplia escala, ni el vigor suficiente para crear una conciencia nacional”. Por su parte, los indios no se identificaron con la causa emancipadora y la nueva república, dirigida por el nuevo grupo dominante, no logró integrarlos. No fueron ellos los que promovieron y llevaron adelante la emancipación, sino más bien los criollos y los mestizos¹⁰³.

La concepción liberal e individualista imperante en el momento de la independencia, e inspiradora de la organización del nuevo Estado, se reflejó directamente en la nueva legislación. Muchas fueron las disposiciones legales que se dictaron desde la declaración de la independencia. Pero, asimismo, se mantuvieron las diversas leyes de la colonia que se mantuvieron en vigencia hasta bien avanzado el siglo XIX. En el Reglamento Provisional del 17 de marzo de 1821, San Martín estatuyó que se reconocía vigencia a todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados en decretos desde el 08 de septiembre de 1820, y que no hubieran sido derogados por autoridad competente (artículo 18). Las *élites* criollas adoptaron para la nueva república la organización demoliberal. Se preocuparon, sobre todo, de diseñar un Estado mediante la elaboración de constituciones que más sirvieron, en diferentes ocasiones, para el surgimiento de dictaduras, dejando de lado, por el contrario, la redacción de los códigos fundamentales. El vacío legislativo originado por la no dación de las leyes básicas determinó, como también en otros niveles, la supervivencia de la legislación española: hasta 1852 rigió el ordenamiento civil impregnado fuertemente de los fundamentos del Derecho romano, y, hasta 1862, imperaron exclusivamente las disposiciones penales de la colonia¹⁰⁴.

De acuerdo a lo expuesto por ROY FREYRE, en nuestro Derecho penal republicano inicial la legislación penal peruana estuvo marcada por los siguientes acontecimientos jurídicos: (i) El Decreto de Octubre de 1821, expedido por el libertador San Martín proscribió la infamante pena de azotes; (ii) El Decreto de Diciembre de 1821, estableciendo el mantenimiento de la pena de muerte expresamente para ser aplicada a los empleados de Hacienda que maliciosamente faltasen a su deber; (iii) El Decreto de Enero de 1822, que reemplazó la anterior forma de aplicación de la pena de muerte por la de fusilamiento; (iv) La Constitución de 12 de Noviembre de 1823, en su artículo 131, reconoció validez a la regla establecida por San Martín en su Decreto de Septiembre de 1820, por el cual se reconocía vigencia a todas las leyes, ordenanzas y reglamentos hispánicos que no contradijeren los principios de libertad e independencia proclamados en decretos desde el 08 de septiembre de 1820, y que no hubieran sido derogados por autoridad competente¹⁰⁵.

Por ejemplo, entre el inicio de la República y la dación del primer Código Penal de 1863, la pena de muerte, tan importante para determinar la concepción que se asume sobre la finalidad de la legislación penal, no fue un tema zanjado a nivel Constitucional. Las Constituciones de 1823 (artículo 115), 1826 (artículo 122) y 1828 (artículo 129; 5), mantuvieron expresamente la pena de muerte, mediante una

103 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Ed. Centro de estudios de derecho y sociedad, Lima, 1979, pp. 35-36.

104 Ibid., pp. 36-38.

105 ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 134-147.

fórmula que dejaba en manos de la legislación penal la delimitación de los casos en los cuales procedería su aplicación. Así, el artículo 115 de la Constitución de 1823 prescribía: *“El Código Criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan”*. Las Constituciones de 1834 (artículo 85; inciso 31) y de 1838 (artículo 87; inciso 40) la consintieron de manera indirecta, al incorporar dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo la facultad de conmutar la pena de muerte. Al respecto, la Ley Fundamental de 1834 estipulaba refiriéndose a las atribuciones de Poder Ejecutivo: *“Puede conmutar a un criminal la pena capital, previo informe del Tribunal o Juez de la causa, siempre que concurran graves y poderosos motivos, y que no sean los casos exceptuados por la ley”*. En cambio, la Constitución de 1856 (artículo 16) decretó taxativamente la abolición de la pena capital: *“La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte”*. Poco después, la Constitución de 1860 (artículo 16) volvió a inserta la pena de muerte: *“La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado”*.¹⁰⁶ En referencia a este periodo y sobre el problema de la pena capital, Carlos RAMOS expone como el 11 de septiembre de 1861 a las diez y minutos de la mañana, era ejecutado un joven policía, José Dolores Lara, culpable por el homicidio calificado del sargento Manuel Cerna. Lo cual suscitó un profundo debate en el ámbito jurídico entorno a la legitimidad de aplicar la pena capital¹⁰⁷.

4.2. El “Proyecto Vidaurre” de 1828

4.2.1. Antecedentes

En 1824, el libertador Simón Bolívar con la intención de dotar al Perú de una legislación sistemática y, sobre todo, propia, nombró una comisión a cargo de preparar los Proyectos de los Códigos del Perú, tanto en materia penal como civil nombrando como Presidente de la comisión a Manuel Lorenzo DE VIDAURRE, quien también por aquel entonces era presidente de la Corte Suprema. La comisión creada por Bolívar no cumplió con el encargo. Frente a ello, Vidaurre elaboró a nombre propio un proyecto de Código Penal, que según el mismo testimonio, en realidad habría iniciado con suma anterioridad, cuando era Oidor del Cuzco, en 1911¹⁰⁸ y, en 1828, en la ciudad de Boston, Estados Unidos de América, Vidaurre lo publicó, el primero proyecto americano de Código Penal, remitiéndolo al Congreso peruano y al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, que había convocado un concurso con la intención de aprobar un Código Penal. Éste texto pre-legislativo ha merecido las siguientes expresiones del recordado profesor español DE RIVACOBAY Y RIVACOBAY: *“Aunque menos citado, es claramente anterior y se halla imbuido de mayor erudición jurídica que los restantes trabajos de codificación penal que de aquella década se conocen en América”*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Finalmente -respecto al periodo que nos interesa- la Constitución de 1867 (artículo 15) bajo la misma fórmula utilizada en su texto de 1856 volvió a proscribir la pena de muerte. Vid infra.

¹⁰⁷ RAMOS NUÑEZ, Carlos. Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, T. II, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, 130 y ss..

¹⁰⁸ DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Proyecto de un Código Penal, Ed. Hiram Tupper, Boston, 1928, p. 5.

¹⁰⁹ DE RIVACOBAY Y RIVACOBAY, Manuel. El primer proyecto americano de Código Penal; en: *Ius et Praxis*, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación, p. 245.

4.2.2. Estructura

El “Proyecto Vidaurre” contiene dos partes, la primera, consistió en una extensa exposición teórica, bajo los rubros “Primera Disertación, en que se trata de la naturaleza de los delitos, de su entidad, de las penas proporcionadas y útiles”, “Segunda Disertación, sobre remedios preventivos”, “Delitos contra la Patria Potestad que llamo Majestad”, “Delitos contra la Religión” y, finalmente, “Delitos Privados”; la segunda parte, correspondió al texto del Proyecto propiamente dicho, intitulado “Código Penal” compuesto por dos secciones “Leyes Generales en el Código Penal” y las “Penas”, éstas últimas, a su vez, se subdividían en dos secciones: “Delitos Públicos” y “Delitos Privados”. En opinión de JIMÉNEZ DE AZUA, “la obra DE VIDAURRE marca el primera paso legislativo en el Perú y no solo fue un intento irreprochable de Código Penal sino un verdadero trabajo científico de Derecho punitivo, dada la importancia ideológica y doctrinal de las “disertaciones” que le acompañan¹¹⁰.

4.2.3. Principios Garantistas

El “Proyecto Vidaurre” representa un gran avance en nuestra historia jurídica en cuanto al establecimiento de principios limitadores al *ius puniendi*. Ello no podía ser de otra forma si se toma en cuenta que el apartado teórico de este proyecto recoge *in extenso* la influencia de la obra “*Scienza Della Legislazione*” del jurista italiano Gaetano Filangere, así como, las ideas de BECCARIA, Rousseau, Montesquieu, Grocio y Locke, en virtud de las cuales expone los problemas fundamentales del delito y la pena, conforme a la doctrina de la época, para la cual el delito nace de la voluntad humana y la pena tiene una función moralizadora, retributiva y preventiva. Como ha expuesto DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA: “El pensamiento DE VIDAURRE es eminentemente laico, progresista y humanitario. Buena idea de él da el que tenga por fin de la pena resarcir el mal causado y evitar el venidero y que le parezca aristocrático afirmar que, “no siendo la sensibilidad igual en todos los individuos, se debe medir ésta por las calidades del delincuente y del ofendido para imponer la pena”¹¹¹. En efecto, para VIDAURRE, según sus propias palabras plasmadas su proyecto: “*el principal fin de la legislación será evitar los medios de que se cometan crímenes*”, y “*el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero*”¹¹². Lo cual refleja un claro antecedente del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena.

En general, el “Proyecto Vidaurre” contiene ya no solamente una base del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena, sino también consagra el principio de culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*, entre otras garantías de carácter procesal penal, llegando incluso a establecer disposiciones de carácter premial, lo

110 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 1201. Existe también la opinión de que si bien el “Proyecto Vidaurre” fue el primer intento de legislación patria, éste se muestra abiertamente asistemático y genérico. En ese sentido, Cfr. HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 39 y ss.. El referido autor sostiene que, “no se puede afirmar que se trató de un Código de factura irreprochable. Las disposiciones generales, por ejemplo, no estatuyen de manera precisa lo que es delito, cuáles son los medios de represión y la manera de aplicarlos. En su mayor parte, son declaraciones de principio o normas de carácter procesal, Ibid., p. 39.

111 DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. Op. cit., p. 246.

112 DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Op. cit., p. 38.

cual representó un gran avance para el Derecho penal peruano. En ese sentido en opinión DE VIDAURRE: *“Las penas deben ser proporcionadas al delito y deducirse en cuanto sea posible de su misma naturaleza. Toda pena improporcionada es injusta Toda pena que no tiene relación absoluta con el delito es inútil”*¹¹³. Del mismo, establecía que *“la fuga no es prueba ni indicio de crimen”*, consagraba expresamente el principio *non bis in idem*: *“Ninguno podrá ser juzgado dos veces por una misma causa”*¹¹⁴. Asimismo, las medidas o circunstancias de carácter premial se aprecian en los siguientes enunciados: *“El que delata algún delito contra la patria, queda libre del castigo, aunque fuese autor o cómplice. Sin fue autor ni cómplice, recibirá un premio pecuniario”*¹¹⁵.

Sin embargo, el “Proyecto Vidaurre” no estuvo en plena coincidencia con el principio de resocialización de la pena, al prever la pena de muerte (inclusive con confiscación de bienes), aunque sea en solo dos supuestos y salvo en el caso de las mujeres o menores de veintiún años. En primer lugar, la pena de muerte se previó para el delito denominado delito de majestad en primer grado –equivalente a traición a la patria–, el mismo que fue sancionado de la siguiente forma: *“El que intente, disponga, o formalice entregar la patria a un poder extranjero, o darle la soberanía al Jefe de la República a otro particular o tomarla para si, ya sea con el nombre de rey ,emperador presidente vitalicio o cualquier otro, sean cuales fueron las condiciones que se señalasen y sin atender mas que al designio de constituir un príncipe; muera como infame pierda la tercera parte de sus bienes si tiene descendientes; el todo si carece de ellos. Por esta ley sean juzgados los autores principales y cuantos prestaron consentimiento expreso en el proyecto”*¹¹⁶. Asimismo, la pena de muerte estuvo prevista para el delito de revolucionar o concurrir a la revolución de un país extranjero, *“El que revolucionó o concurrió a la revolución de un país extranjero muera”*¹¹⁷.

Del mismo modo, la finalidad resocializadora de la pena es rechazada con la preservación de penas infamantes, como azotes, destierros, trabajos públicos y penas pecuniarias, salvo para menores de veinticinco años. La pena en el Proyecto DE VIDAURRE cumple únicamente funciones retributivas y preventivas. Lo cual queda evidenciado con lo expuesto por el pensamiento de su propio autor en relación a la definición del delito y la pena: *“El delito es producido por el placer, la pena debe tener su fundamento en el dolor”*¹¹⁸. Pero, fue un acierto en Vidaurre cuando prohíbe terminantemente los asilos, indultos y fueros privilegiados (exceptuando los militares y los eclesiásticos). Ley muy avanzada no sólo entonces, sino incluso para nuestros días, que se adelantó en varios decenios al artículo 123 del Código español de 1848 y mucho más radical, es la que determina que *“el Estado deberá resarcir el daño que sufrió el ofendido si no hay facultades suficientes en el agresor”*. Lamentablemente, no condice con su orientación liberal admitir la esclavitud, siquiera temporal, en el abigeato, a favor del ofendido¹¹⁹.

¹¹³ Loc. cit.

¹¹⁴ Ibid., p. 208.

¹¹⁵ Ibid., p. 214.

¹¹⁶ Ley 1, Delitos de Majestad de en primer grado. Delitos Públicos. Penas. Ibid, p. 214.

¹¹⁷ Ley 15, Delitos de Majestad en primer grado. Loc cit.

¹¹⁸ Ibid., p. 39.

¹¹⁹ DE RICOVA y RICOVA, Manuel. Op. cit., p. 248.

4.2.4. Características

El “Proyecto Vidaurre” significó la creación de un Código Penal original sobre el estudio de la doctrina europea de la época. No se aprecia que haya sido una copia del Código Penal de Francia de 1810, ni tampoco del Código Penal de España de 1822. Incluso, así lo hizo saber el propio Vidaurre a través de los documentos que añadió en la misma publicación de su Proyecto de 1828, junto al Prefacio. En la carta que dirigió al Ministro de Estado y de Relaciones Exteriores de Chile, fechada el 02 de septiembre de 1828, mediante la cual remitía su proyecto a un concurso convocado por el Gobierno chileno a estos fines, señaló que: *“los ejemplos que se pueden seguir son muy pocos: yo apenas hallo el Código de Francia”*¹²⁰. Esto no significa que lo siga; bien por el contrario, busca Vidaurre realizar una obra original. Se sustenta en las ideas imperantes en la época y no tiene en cuenta lo hecho en España¹²¹. Ello se deduce de modo claro también de la carta de remisión de su proyecto al Congreso consentir que aún peruano, donde se aprecia su sentimiento antiespañol en la pregunta: *“¿se podrá gima la América bajo las bárbaras y crueles disposiciones de déspotas inhumanos?”*¹²². Como se ha dicho el “Proyecto Vidaurre” se inspira en el “Derecho penal de la Ilustración”¹²³. Otra de las principales características es la clasificación de los delitos en públicos y privados siendo normalmente los primeros los revisten mayor gravedad. *“En los delitos privados, la entidad es mensurable por las mismas reglas; ó se ofende en la seguridad personal, ó en el sustento, o en la abundancia, o en la tranquilidad”*¹²⁴. Asimismo, este Proyecto presenta una mezcla de normas de carácter penal con normas de naturaleza procesal. De otro lado, presentó grandes avances en cuanto al establecimiento de límites al poder de sanción del Estado, por ejemplo, al consagrar el principio de proporcionalidad de las penas, la fórmula del principio *“non bis in idem”*, entre otras garantías procesales, así como, medidas o circunstancias de carácter premial¹²⁵. Tal vez, lo más resaltante del Proyecto radica en la existencia de penal infamantes de carácter singular, por ejemplo, aquella que al parricida, además de la pena de trabajos públicos por veinte años le imponía: *“Póngasele una gorra que anuncie su crimen y al pecho colgado el retrato de la persona que asesinó” o, el caso de la mujer que asesinaba a su marido, a quien a además de “destinarla por toda su vida a la limpieza de los hospitales” se le imponía que “traiga una gorra que diga pérfida” y “si lo hizo por amor a otro hombre, sea los cuatro primeros años rigurosamente encerrada, sin mas alimento, que el que pueda costear allí con el trabajo de sus manos . No se le consentirá ni pelo, ni calzado, y en la gorra dirá pérfida y adúltera”*¹²⁶.

4.3. El “Código Penal de Santa Cruz” de 1836

Desde el Decreto del 28 de Octubre de 1836, hasta la Batalla de Yungay ocurrida el 20 de enero de 1839, se constituyó la Confederación Perú-Boliviana o Confederación

120 DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Op. cit., p. 05.

121 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 39.

122 DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Op. cit., p. 4

123 Filangere, BECCARIA, ROUSSEAU, MONTESQUIEU, GROCIIO, LOCKE, etc. Vid. supra 4.2.3.

124 DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Op. cit., pp. 15-16.

125 Vid supra 4.2.3.

126 DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Op. cit., pp. 223-224.

Peruanoboliviana como el Estado Confederado nacido de la integración de la República de Bolivia con el Perú, este último previamente había sido dividido en dos territorios, el Estado Nor-Peruano y el Estado Sud-Peruano, en 1836. El Estado naciente se constituyó bajo la forma de un Estado Confederal, cuya jefatura de gobierno quedó a cargo del mariscal Andrés de Santa Cruz, como Supremo Protector de la Confederación Perú-boliviana y de un Consejo de Ministros, a su vez, el Poder Legislativo General residía en un congreso bicameral representativo y el Poder Judicial, por su parte, en una corte superior a las cortes supremas de cada una de las repúblicas integradas.

En el contexto descrito, a raíz de la Constitución de la llamada Confederación Perú-Boliviana o Confederación Peruanoboliviana, el Mariscal Andrés de Santa Cruz, expidió un Decreto de fecha 22 de junio de 1836, en virtud del cual el Código Penal boliviano de 1834 empezaba a regir el 13 de octubre de 1836 en el Estado Sur-Peruano y el 01 de enero de 1837 en el Estado Nor-Peruano. La vigencia del “Código Penal de Santa Cruz” fue efímera. El Código de 1836 desaparece al caer la Confederación, mientras que en Bolivia siguió vigente hasta el 06 de agosto 1973, fecha en la cuál se produce una reforma y la promulgación de Código Penal boliviano que rige hasta el día de hoy.

En los considerandos del Decreto dictado por Santa Cruz, poniendo en vigencia el Código Penal boliviano en el Estado Sur-peruano, se señalaba el inconveniente de que siguieran subsistiendo las leyes españolas; la dificultad de conocer los derechos y deberes, los delitos y las penas, debido a la contradicción existente entre las leyes dictadas a partir de 1822 y las españolas; y que “los códigos civil y penal de Bolivia, en que se hallan compiladas las leyes más sabias de las naciones cultas, y acomodadas al genio, carácter y necesidades de los americanos, han producido en seis años de práctica los más felices resultados” en Bolivia¹²⁷.

En opinión de HURTADO POZO, en el “Código Penal de Santa Cruz” “se advierte una marcada influencia francesa, derivada del ‘movimiento codificador francés’, que recogió los principios de la época de las Luces y las ideas utilitarias de BENTHAM. El Derecho penal revolucionario se caracterizó, debido a los cambios políticos de la época, por sus penas severas. De modo que se puede sostener que fueron tres los principios fundamentales que inspiraron al codificador francés: primero, no se puede imponer pena distinta a la prevista en la ley, segundo, por una misma infracción la pena debe ser la misma para todos; y, tercero, la pena no debe afectar sino a culpable. Por todo esto es que la adopción del Código Penal de Santa Cruz, en el Perú, constituyó un progreso en relación a la legislación española que sobrevivía en los primeros años de la república”¹²⁸.

4.4. El Código de 1863

4.4.1. Antecedentes

127 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 40.

128 Ibid., p. 41. Cfr. ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 136. “El ‘Código Penal de Santa Cruz’ consistía en una edición reformada y deformada del Código Penal español de 1822. Era un hacinamiento de preceptos desordenados, deficientes y contradictorios que apuntaban a la intimidación” Loc. cit.

Luego de haberse promulgado el primer Código Civil de 1851, por Ley de 16 de noviembre de 1853, el Congreso de la República designó una comisión para que preparara un Proyecto de Código Penal. Esta comisión estuvo integrada por los senadores Jervasio Álvarez, Pablo Cárdenas, Santiago Távara y por los diputados Carlos Pacheco, Mariano Gómez Farfán, Manuel Toribio Ureta, Ignacio Noboa y Gregorio Galdós. El encargo fue cumplido y en 1855 entregó un documento pre-legislativo. Dos años después, en abril de 1857, la Convención Nacional de 1856, con el propósito de revisar el Proyecto de 1855, nombró una nueva Comisión en la que permanecieron Santiago Távara e Ignacio Novoa, a quienes se unieron luego José Simeón Tejada, José Gálvez y Tomás Lama. El 20 de mayo de 1859, la última Comisión en referencia cumplió con entregar su obra al Congreso de la República. En 1861, con el objeto de concordar el texto del proyecto con la nueva Constitución de 1860 y con el proyecto del Código de Enjuiciamiento Penal, se nombró una nueva comisión revisora de ambos códigos integrada por los senadores Manuel Macedo, José Silva Santistevan, Juan de la Cruz Lizárraga y los diputados José María Pérez, Epifanio Serpa, Isaac Suero y Evaristo Gómez Sánchez. La misma no realizó modificaciones sustanciales al texto pre-legislativo, salvo una simplificación al sistema de penas. Finalmente, el Código Penal – junto al Código de Enjuiciamientos Penales- fue promulgado el 01 de marzo de 1863.

4.4.2. Justificación

La promulgación de un Código Penal que agrupe de manera sistemática las diversas leyes aplicadas durante la colonia y que responda a un cuerpo legislativo aprobado por los órganos de la naciente república peruana fueron las dos razones que justificaron la existencia del Código Penal de 1863. Cuando la última Comisión conformada para revisar el Proyecto de 1855 elaborado por José Simeón Tejada entregó su obra al Congreso el 20 de mayo de 1859, lo remitió con una nota explicativa de su autor, en la cual se aprecian claramente las razones que impulsaron la promulgación del dicho código y, en particular, el por qué se siguió el modelo hispano establecido por el Código Penal español de 1848 –reformado en 1850: *“la Comisión no ha hecho ni debido hacer otra cosa que adoptar lo más conveniente a la sociedad peruana, estudiando sus costumbres, su carácter y sus inclinaciones”* y que *“el Código español ha servido de una luminosa guía en este trabajo, y la comisión juzga propio de su sinceridad rendirle aquí el homenaje debido, confesando que después de meditados estudios ha creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia [y debido a que] estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y de idiomas de Castilla, no era posible alejar de nuestro proyecto de aquellas acertadas disposiciones”*¹²⁹.

4.4.3. Estructura

En cuanto a su estructura sabemos está dividido en tres Libros que tratan acerca de las siguientes materias. El Libro Primero se ocupa “De los delitos, de los delincuentes y de las penas en general”. En sus disposiciones se encuentra contenida

129 TEJADA V., Simeón. “Nota de remisión”, en Código Penal del Perú presentado en proyecto al cuerpo legislativo por la Comisión Revisora. Ed. Impreso por José M. Montesola, Lima, p. 03.

la parte principal del Código. El Libro Segundo trata “De las diversas especies de delitos”, describiéndolos e indicando la pena que corresponde a sus autores. El Libro Tercero se ocupa “De las faltas o infracciones”.

4.4.3.1. Principios garantistas

En el periodo comprendido entre la independencia y la dación del Código Penal de 1863, los principios limitadores del *ius puniendi* recibieron acogida directa en los textos constitucionales imperantes¹³⁰. El influjo del pensamiento del Derecho penal de la Ilustración y, en particular, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 influyeron de modo decisivo en la consagración de principios garantistas en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812¹³¹, la Constitución Política de la República Peruana 1823¹³², la Constitución Política del Perú 1826¹³³, la Constitución Política de la República Peruana 1828¹³⁴, la

130 Los textos Constitucionales referidos a la denominada Confederación Peruano-boliviana, esto es, la Constitución del Estado Sud-Peruano de 1836; la Constitución del Estado Nor-Peruano de 1836; la Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Decreto del 28 de octubre de 1836 -Establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana- de 1836; y la Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana de 1837 fueron reducidos textos declarativos referidos a la creación del Estado confederado, sin real vigencia. Los mismos no albergaron disposiciones relacionadas a los principios limitadores del *ius puniendi*.

131 Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 -vigente desde su promulgación y durante los primeros años del Perú republicano. [Principio de garantía jurisdiccional]: Artículo 17: “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley”; Artículo 244: “Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que será uniforme en todos los tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas”; Artículo 246: “[Los Tribunales] Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes, no hacer reglamento alguno para la administración de justicia”; Artículo 247: “Ninguna español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley”; [Principio de legalidad] Artículo 287: “Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión”; [Principio de finalidad preventivo-protectora de la pena y legalidad en la ejecución] Artículo 297: “Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcalde tendrá a estos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos”; Artículo 298: “La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto”; Artículo 303: “No se usará del tormento ni de los apremios”; [Principio de culpabilidad] Artículo 305: “Ninguna pena que se imponga por cualquier delito que sea, ha de ser trascendental por término ninguno a la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció”; [otras garantías] Artículo 306 establece: “No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”; etc.

132 Constitución Política de la República Peruana de 1823.; [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 96: “No se conocen otros Jueces que los establecidos por la Constitución, ni otra forma de juicios que la ordinaria que determina las leyes”; Artículo 106: “Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno”;[Principios de finalidad preventivo-protectora de la pena, legalidad en la ejecución y de proporcionalidad]; Artículo 115: “Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El código Criminal limitará, en cuanto sea posible, la aplicación de la pena capital a los casos que exclusivamente la merezcan”; [Principios de culpabilidad] Artículo 116: “Ninguna pena infamia a otro individuo, que al que la mereció por la aplicación de la ley”; [otras garantías], Artículo 81: “Limitaciones del Poder Ejecutivo.(.) 4.- No puede privar de la libertad personal a ningún peruano; y en caso de que fundadamente exija la seguridad pública el arresto o detención de alguna persona, podrá ordenar lo oportuno, con la indispensable condición de que dentro de veinticuatro horas pondrá al detenido a disposición de su respectivo Juez (...)”; Artículo 117.- “Dentro de 24 horas se le hará saber a todo individuo, la causa de su arresto, y cualquiera omisión en este punto se declara atentatoria de la libertad individual; Artículo 5: “La nación no tiene facultad para decretar leyes que atentan a los derechos individuales”; etc.

133 Constitución Política de 1826. Artículo 121: [Principio de finalidad preventivo-protectora de la pena, culpabilidad y legalidad en la ejecución] “Artículo 122: “Queda abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel y de infamia trascendental. El Código Criminal limitará en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital”. [Principio de garantía jurisdiccional] Art. 97º.- Los Tribunales y Juzgados no ejercen otras funciones que la de aplicar leyes existentes. Art. 120º.- En las causas criminales el juzgamiento será público: reconocido el hecho y declarado por Jurados (cuando se establezcan); y la ley aplicada por los Jueces; [Principio de legalidad] Art. 117º.- Ningún peruano puede ser preso sin prudente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y un mandamiento escrito del Juez ante quien ha de ser presentado; excepto en los casos

Constitución Política de la República Peruana 1834¹³⁵, la Constitución Política del Perú 1839¹³⁶, la Constitución de la República Peruana 1856¹³⁷ y la Constitución Política del Perú 1860¹³⁸.

de los artículos 84, restricción 2: 123 y 133”; [otras garantías] Artículo 121: “No se usará jamás el tormento, ni se exigirá confesión al reo”; Artículo 145: “Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá entrar en ella, sólo por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley”, etc..

134 Constitución Política de 1828. [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 125: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; Artículo 126: “Ningún Tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas Judiciales”; [Principio de legalidad en la ejecución, culpabilidad y finalidad preventivo protectora de la pena] Artículo 129: “Quedan abolidos: (...) 3. El tormento; 4. Toda pena cruel y de infancia trascendental; 5. La pena capital se limitara al Código Penal (Que forme el Congreso) a los casos que exclusivamente la merezcan; [Principio de legalidad] Artículo 150: “Ningún peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 151: “Ninguna ley puede tener efecto retroactivo”; Art. 127.- Ninguno puede ser preso sin precedente (información del hecho por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito, del Juez competente, pero infraganti puede un criminal ser arrestado por cualquier persona, y conducido ante el Juez. Puede ser también arrestado sin previa información en los casos del artículo 91 (restricción 5). La declaración del preso por ningún caso puede diferirse más de cuarenta y ocho horas. [Principio de finalidad preventivo-protectora de la pena] Artículo 163: “Las Cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida”; [Otras garantías] Artículo 155: “La casa de todo peruano es un asilo inviolable; su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determina la ley”; Artículo 157: “Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”; etc.

135 Constitución Política de la República peruana de 1834. [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 150: “Ninguno puede ser condenado sino es juzgado legalmente”; Artículo 124: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; Artículo 125: “Ningún tribunal o juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales que designa la ley”; [Principio de legalidad] Artículo 144: “Ningún peruano está obligado a hacer lo que mande la ley o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 145: “Ninguna ley puede tener efecto retroactivo”; [Principios de legalidad en la ejecución y culpabilidad] Artículo 154: “En ningún caso puede imponerse la pena de confiscación de bienes, ni otra alguna que sea cruel. No se puede usar la prueba de tormento ni imponerse pena de infancia trascendental”; [Principio de finalidad preventivo-protectora de la pena] Artículo 157: “Las Cárceles son lugares de seguridad y no de castigo: toda severidad inútil a la custodia de los presos es prohibida”; [Otros principios] Artículo 155: “La casa de todo peruano es un asilo inviolable, su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determine la ley”; Artículo 156: “Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal”; Artículo 158: “Todos los peruanos son iguales ante la ley, ya premie, ya castigue”; Artículo 123: “La publicidad es esencial en los juicios (...), etc.

136 Constitución Política de 1839. [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 126: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; [Principio de culpabilidad] Artículo 133: “Queda abolida la pena de confiscación de bienes, y ninguna pena afectará a otro que al culpado”; [Principio de legalidad] Artículo 176: “Ningún peruano está obligado a hacer lo que no mande la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 154: “Ninguna ley tiene fuerza retroactiva”; [Principio de finalidad preventivo-protectora de la pena] Artículo 165: “Las cárceles son lugares de seguridad, y no de castigo (...) [Otras garantías] Artículo 158: “La casa de todo peruano es un asilo inviolable; de noche no podrá entrar en ella, sino por su consentimiento conforme a las leyes, y de día, sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley, y en virtud de orden de autoridad competente”; Artículo 127 Establece: Ningún ciudadano está obligado a dar testimonio contra sí mismo en causa criminal, bajo de juramento u otro apremio. Tampoco debe admitirse el del marido contra su mujer, ni el de ésta contra su marido, ni el de los parientes en línea recta, ni el de los hermanos ni cuñados”; etc.

137 Constitución Política de 1856. [Principio de legalidad] Artículo 15: “No se reconoce más obligaciones que las impuestas por las leyes; y ninguna ley tiene efecto retroactivo”; [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 19: “Nadie será expatriado ni extrañado sin sentencia ejecutoriada; Artículo 129 Establece: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; [Principio de legalidad] Art. 15º: “No se reconoce más obligaciones que las impuestas por las leyes; y ninguna ley tiene efecto retroactivo”; [otras garantías] Artículo 16: “La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer pena de muerte; Artículo 30 Establece: “Es inviolable el domicilio: no puede penetrar en él, sin que se manifieste previamente el mandato escrito de juez de la autoridad encargada del orden público, cuya copia podrá exigirse”; Artículo 130: “Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes en otros juzgados, ni sustanciarlas ni hacer revivir procesos fenecidos”; etc.

138 Constitución Política de 1860. [Principio de legalidad] Artículo 14: “Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; Artículo 15: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo”; [Principio de finalidad preventivo protectora y legalidad en la ejecución] Artículo 19: “Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Es prohibida toda severidad que no sea necesario para la cuestión de los presos”; (Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 128: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; [otros principios] Artículo 31: “El domicilio es inviolable: no se puede penetrar en él sin que se manifieste previamente mandamiento escrito de juez o de la autoridad encargada de conservar el orden público. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él, siempre que se les exija”; Artículo 127: “La publicidad es esencial en los juicios, los tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones se harán en alta voz y públicamente. Las

En ese sentido, el Código Penal de 1863 se afilió a la llamada Escuela Clásica¹³⁹, que contenía el pensamiento de autores como Romagnosi, Carmignani, Carrara, Pessina, entre otros. La Escuela Clásica no fue, en verdad, una escuela en el sentido en que tal vocablo ha de ser empleado, es decir, como un conjunto de principios y sistemas comunes, de doctrinas iguales y de caracteres aglutinantes que identifican a varios autores o tratadistas, profesores y discípulos en sus escritos y exposiciones. Los rasgos comunes de los “clásicos” son pocos, relativamente y entre algunos de ellos existen discrepancias bien definidas. Sus puntos de contacto radican, en primer término, en su adhesión a la doctrina del Derecho natural y su empleo del método deductivo y, en segundo lugar, en los siguientes puntos: (i) la Escuela Clásica cimentó y establece la razón y los límites del Derecho a castigar por parte del Estado; (ii) se opone a la barbarie de las penas, invocando y obteniendo el abolicionismo de los capitales, corporales e infamantes, mitiga las demás y preconiza aquellas menos afectivas; (iii) se reivindica la mayor garantía de los individuos tanto durante el proceso penal cuanto en la aplicación de la ley punitiva¹⁴⁰.

En ese contexto, el principal logro del Código Penal de 1863 fue incorporar a nuestra legislación el imperio del principio de legalidad. En efecto, si bien es cierto que en el Código de 1863 la garantía “*nullum crimen sine lege*” no se consagra de modo expreso, pero el postulado de la misma está contenido de modo genérico en su artículo 1¹⁴¹, que establece la definición del delito como “las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley”¹⁴², mientras que el principio de legalidad

sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley o los fundamentos en que se apoyen”; Artículo 22: “El secreto de las cartas es inviolable: no producen efecto legal las que fueren sustraídas”; etc.

139 ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 137. “Por lo que respecta a su afiliación no puede ser otra que a la Escuela Clásica. Así queda probado con el criterio clásico en que define el hecho delictuoso, el fin que atribuye al castigo, las causas determinantes de los diversos grados de imputabilidad, el sistema de apreciación que impuso a los jueces para dictar sus fallos y la relación de necesidad que tiende a crear entre el acto punible declarado y el castigo que en línea paralela señaló, para lograr los fines en que en la penalidad se propuso”. Ibid., pp. 137-138.

140 PESSAGNO, Rodolfo G., Op. cit., p. 128). “Entre las ideas que la Escuela Clásica postulaba también se encontraban que, “el delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico, una relación contradictoria entre el hacer del hombre y la norma de la ley”, “el Derecho no depende del legislador”, sino que le preexiste (“Derecho natural”); la pena tiene una función retributiva de “reestablecimiento del orden público alterado por el delito”, cuyo límite es la proporcionalidad; el delincuente es, en principio, un hombre normal de tipo medio, que actúa en función de su libre albedrío” Ibid., p. 129.

141 En ese mismo sentido, ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p.138. Al respecto, VITERBO ARIAS, refiere que: “Corresponde a la Filosofía del Derecho dar una definición científica del delito; y toca al legislador estudiarla y apreciar su exactitud, a fin de no dejar impunes actos verdaderamente perturbadores del orden social, de no infringir pena por otros que, aún reprobados por la moral, no alcanzan a trastornar el estado de derecho. Al Abogado y al Juez les basta la definición empírica que el Código consigna, a la que reconocemos la importancia práctica de resolver con precisión toda controversia sobre la penalidad de las acciones: sólo es punible la que tiene señalado expresamente un castigo en la ley positiva, ya sea que la individualice, ya que deje su calificación al arbitrio del Juez: cualquiera otra, por mucho subleve la conciencia individual o el sentimiento público, es una acción lícita o indiferente, que no puede caer bajo la acción de las justicias”. VITERBO ARIAS, José. Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863, T. I., Ed. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900, p. 3.

142 Artículo 1 del Código Penal de 1863.- “Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas. Los delitos se castigan con penas graves; las faltas con penas leves”. Un ejemplo de como la jurisprudencia de la época acoge el principio de legalidad al rechazar como delito la fuga de las cárceles, por no estar esta conducta penada en la ley; así como, un infructuoso intento de sostener la existencia de un “delito de especial” de “quebrantamiento de la sentencia” en dicha conducta, sobre la base de la analogía prevista en el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil Vid. VITERBO ARIAS, José, Op. cit., pp. 15-22. Cabe señalar que, la evasión del enjuiciado no estaba penada por el Código Penal de 1863, sino solo bajo jurisdicción de guerra por previsión del Código de Justicia Militar. Igualmente, aunque en referencia al artículo 66 del Código Penal de 1863 Vid. SEOANE, Guillermo A. Códigos Penal y de Enjuiciamientos en materia penal. Anotados con sus referencias, Leyes modificativas y Piezas Judiciales declaratorias, Ed. Librería Francesa Científica, Lima, 1907, p. 37.

en la ejecución de la pena y el principio “*nulla poena sine iudicio*”, fueron previstos en el artículo 66¹⁴³, de dicho cuerpo legal que proscribía ejecutar la pena de modo distinto al previsto para ello en la ley y exigía la previa expedición de una sentencia que haya causado estado para la imposición de la misma¹⁴⁴.

De otro lado, la función asignada a la pena fue evidentemente de carácter retributivo, pues como explica HURTADO POZO “era el castigo de los infractores, y se imponía muchas veces en base a la responsabilidad objetiva; es decir, en base a la sola causación del resultado perjudicial. Para imponer un castigo bastaba comprobar que el daño había sido causado por el comportamiento prohibido del agente (*versari in re illicita*), sin que fuese necesario determinar el vínculo de culpabilidad existente en relación al resultado más grave”¹⁴⁵. Lo cual no era más que una negación del principio de culpabilidad cuyas bases tardarían en llegar hasta la expedición del Código Penal de 1924.

La finalidad resocializadora de la pena no fue acogida por parte del Código Penal de 1863. Este código, en concordancia con el mandato contenido en el artículo 16 de la Constitución de 1860, solamente prescribió la pena de muerte para las modalidades de homicidio calificado consistentes en parricidio y asesinato, previstas en los artículos 231 y 232 de esta ley penal sustantiva. En el catálogo de penas del Código Penal de 1823, cuya exposición se aprecia en su artículo 23, la pena de muerte se encontraba presidiendo a las denominadas “penas graves”. La forma de ejecución prevista para la misma era el fusilamiento en el lugar del juicio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 68 del Código Penal. La posibilidad de suspender la ejecución de la pena capital por hasta quince días en caso de fallecimiento de familiares del condenado, las reglas para ejecutarla en caso de pluralidad de condenados a muerte se encontraban previstas en los artículos 69 y siguientes del Código Penal.

Al respecto, es muy importante advertir con ROY FREYRE que el proyecto original del Código Penal de 1863 no estipulaba la pena de muerte, pues la reemplazaba por la de “prisión en penitenciaría. En ese sentido, el referido autor relata que “como hito de importancia en la tendencia abolicionista cabe destacar que el 20 de mayo de 1859 la Comisión Codificadora presidida por José Simeón Tejada elevó al Congreso un proyecto de Código Penal que después se convirtió, con pequeñas modificaciones en el texto de 1863¹⁴⁶. Encontrándose vigente la Constitución de 1856, la misma que contenía una fórmula terminantemente prohibitiva de la pena de muerte, era explicable que el citado Proyecto fuese anti-mortícola. En la respectiva “Nota de Remisión” del Proyecto se decía lo siguiente: “Suprimida en el Perú la pena de muerte, la Comisión ha colocado a la cabeza de la escala de penas de la prisión en penitenciaría, designando el grado competente para reemplazarla. Esta pena bastante

143 En ese mismo sentido, aunque únicamente hace referencia al principio *nulla poena sine iudicio* Vid. ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., op. cit., p. 138..

144 Artículo 66 del Código Penal de 1863.- “No puede ejecutarse ninguna pena sino en el modo y forma que la ley prescribe, y después de hallarse ejecutoriada la sentencia”.

145 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., pp. 44-45. Dicho autor comenta que “la recepción del Código Penal español de 1848-50 en nuestro país determinó que las concepciones y comentarios elaborados por los juristas hispanos en base a su ley penal, fueran seguidos, igualmente por los juristas nacionales”. Ibid., p. 45.

146 Vid supra 4.4.2.

severa y moralizadora llenará con ventaja el vacío que dejaba la pena capital. Si ésta llegara alguna vez a establecerse, no por eso quedaría deficiente el Código, pues, siendo pocos los casos en que deba aplicarse será fácil la sustitución recíproca de ambas penas¹⁴⁷.

4.4.3.2. Teoría del delito

La definición del delito como hemos anticipado en el apartado anterior va contenida En el artículo 1 del Código Penal de 1983¹⁴⁸. En el artículo 2 se encuentra la presunción *iuris tantum* de que toda acción u omisión penada por la ley se reputa maliciosa y voluntaria. La definición de las etapas que comprende el proceso ejecutivo del delito está en el artículo 3, donde se regula la tentativa. El artículo 8 se ocupa de las circunstancias que eximen de responsabilidad, entre las cuales figuran el cometer el hecho en estado de demencia o locura, ser menor de edad, actuar en legítima defensa, etc. Las circunstancias atenuantes se establecen en el artículo 9, entre ellas, se ubica el ser menor de 18 años y mayor de 15, cometer el delito en estado de embriaguez, a no ser que el culpable se hubiese embriagado a propósito. Los agravantes se exponen en el artículo 10, figurando, entre otros, la de cometer el delito contra la persona de un ascendiente, o la de un superior que respecto al delincuente ejerza autoridad ilegítima, ejecutar el delito con detenida premeditación, etc. Los grados de participación son definidos en los artículos 12-16¹⁴⁹.

4.4.3.3. Teoría de la pena

De la sanción se ocupa la Sección Cuarta y Quinta del Libro Primero. En la sección Cuarta, con el propósito de excluir toda arbitrariedad judicial se fija la escala de penas que comienza con la de muerte y termina con la simple caución. Después de la pena capital, se previeron cuatro sanciones que recaen contra la libertad en sus diversas manifestaciones (penitenciaría, cárcel, reclusión y arresto); dos que sólo comprenden la libertad de locomoción y residencia (expatriación y confinamiento), tres sobre los derecho públicos políticos (inhabilitación, destitución de empleo o cargo y suspensión de la misma); una sobre la propiedad (multa) y dos que pueden considerarse como depresivos del honor (represión y caución). A estas se agregan, como accesorias de interdicción civil, inhabilitación, pérdida de instrumentos del delito, pago de daños y costas procesales, y, finalmente, la sujeción a la vigilancia de la autoridad. Conforme observa acertadamente Jose VITERBO ARIAS, el Código de 1863 cuida de precisar la pena mediante divisiones y subdivisiones en la escala, con tal rigorismo, que el juez no puede evolucionar entre un máximo y un mínimo, sino que tiene determinados legalmente hasta las fracciones que le es permitido añadir o rebajar por cada circunstancia agravante o atenuante y se prescriben reglas para la aplicación casi exacta de las penas¹⁵⁰.

4.4.4. Características

147 ROY FREYRE, Luis Eduardo. La pena de muerte en la ley, en la doctrina y en mi conciencia; en: Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses Año IV N° 7, Ed. Ipef, Lima, 1997, p. 12.

148 Artículo 1 del Código Penal de 1863.- “Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley, constituyen los delitos y las faltas. Los delitos se castigan con penas graves; las faltas con penas leves”.

149 In extenso Vid. ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp. 138-139

150 Ibid. p. 139-140. Ampliamente, Vid. VITERBO ARIAS, José, Op. cit. p. 59 y ss.

La fuente directa del Código Penal de 1863 es el Código Penal español de 1848 – reformado en 1850- y fuente secundaria el Código Penal sardo. El Código español de 1848, estuvo inspirado en el Código Penal del Brasil de 1830 -copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810-, pertenece a la rama legislativa francesa, y reconoce como tronco común el Código napoleónico¹⁵¹. La estructura de la Parte General como de la Parte Especial se rigen por la misma organización trazada por el Código Penal español. Esto último ocurre también con la evidente similitud que se presenta entre las disposiciones de ambos códigos, por ejemplo, en la determinación de la pena, caracterizada por la casi nula posibilidad por parte del juez para establecerla sobre la base de su propio criterio conciencia quedando aquello determinado de modo pleno por el texto de la ley o las semejanzas de las figuras delictivas que eran materia de sanción, tales como, los delitos contra la religión. Sin embargo, como revela HURTADO POZO, “el legislador peruano no realizó una servil imitación sino que modificó el “código importado” para adecuarlo, de acuerdo con su concepción político-social, al estado del país”. Según la propia Comisión codificadora, por ejemplo, “procedió a reformar la escala de penas, suprimiendo las que ha juzgado inoperantes y dando a las que ha adoptado tal sencillez que pueda aplicarse el Código con suma facilidad en todos los lugares de la República¹⁵². La corriente doctrinal que siguió el Código Penal de 1863 se afilió a la denominada Escuela Clásica¹⁵³.

4.5. Proyectos de Reforma de 1874-1916

En los años 1871, 1873, 1874 y 1877 se nombran Comisiones con el fin de modificar el Código de 1863. El eminente jurista de la época, Juan Antonio de Ribeyro, remitió su Proyecto al Congreso, sin ofrecer mayores modificaciones, el 16 de septiembre de 1874. Posteriormente, por Decreto Supremo de 03 de julio de 1877, expedido por Mariano Ignacio Prado, se nombra una Comisión para estudiar la reforma de los Códigos penales sustantivo y adjetivo. Su presidente, Juan Antonio de Ribeyro, culminado el encargo elevó al Gobierno su Proyecto el 12 de diciembre de 1878, el mismo que tampoco ofrecía mayores cambios. La “timidez” de los proyectos podría explicarse según J. Guillermo Romero, en la falta de una jurisprudencia que complete, por su función dinámica, el texto de las leyes y a la carencia de datos estadísticos que informen del fenómeno de la delincuencia¹⁵⁴.

En el Proyecto de 1887, elaborado por Juan Antonio de Ribeyro, la existencia de algunos nuevos delitos, y el hecho que la pena de muerte es reemplazada por la de veinte años de penitenciaría. Estas modificaciones fueron inspiradas por la legislación española –quizás por el Código de 1870, en cuanto se refiere a la Parte Especial- y por el proyecto Salmerón de 1873 (España), respecto a la pena de muerte. Entre los nuevos delitos que incorporaba pueden señalarse los de “desobediencia y negación de auxilios” por parte de empleados, el de “negociaciones prohibidas a los empleados”, el perjurio, la falsificación de billetes de banco, etc¹⁵⁵.

151 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 760.

152 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 44.

153 En la Escuela Clásica destacan Romagnosi, Carmignani, Carrara, Pessina, etc. Vid. supra. 4.4.3.1.

154 ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., p. 140.

155 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 49

Luego, por Decreto Supremo de 27 de enero de 1900 se nombra una Comisión integrada por juristas y magistrados en cargada de formular nuevos proyectos de Código Penal. Los trabajos continuaron hasta 1902 en que se concluye un Proyecto compuesto de 330 dispositivos. El Proyecto de 1902 contenía numerosas modificaciones de detalle, pero se mantenían los principios fundamentales que había informado el Código Penal de 1863. Lo único que merece ser nombrado es, quizás, el hecho de que la duración y los límites mínimos y máximos de las penas ya no eran determinados mediante el sistema de “términos” y “grados”, sino por años. Lo que significaba reconocer al juez mayor arbitrio en la individualización de la pena¹⁵⁶.

Entre 1885 y 1915, en el Derecho Penal se produjo el auge de la llamada “Escuela Positiva”. En Derecho penal debe distinguirse con cuidado entre el positivismo filosófico y el positivismo penal, como escuela o corriente surgida en Italia. Este último surgió, precisamente, por la aplicación del método positivo en Derecho penal y se caracterizó, primero por negar el libre arbitrio como fundamento del castigo penal y sustituirlo por la “responsabilidad social”; segundo, por considerar al delito como fenómeno social y no como ente jurídico; y, por último, por sustituir la pena-retributiva por medidas de prevención y tratamiento impuestas conforme a la peligrosidad del agente¹⁵⁷. Con la “Escuela Positiva” o “Escuela Antropológica y Sociológica” y sus representantes, Lombroso, Ferri, Garófalo, entre otros, el delito dejó de concebirse como un “ente jurídico” para convertirse en un hecho natural y social, un producto de la humana actividad y “la dualidad: delito-pena, característica de las construcciones clásicas, se transformó en la trilogía: delincuente-delito-sanción”¹⁵⁸.

4.6. El Código Penal de 1924

4.6.1. Antecedentes

En el año 1915, mediante Ley N° 2110, de fecha 26 de enero de 1915, el Congreso de la República nombró una comisión de senadores y diputados encargada de preparar un nuevo Código Penal y otro de Procedimientos Penales, para sacar al Perú del atraso en que se mantenía en estas materias. El renombrado jurista Víctor M. Maúrtua, que figuraba entre los comisionados fue la persona a cargo de elaborar el proyecto de Código Penal. En 1916, Víctor M. Maúrtua, como ponente de la comisión, culminó el encargo presentando el Proyecto terminado. El 06 de septiembre de 1917, la Comisión Legislativa de la Cámara de Diputados emitió dictamen sobre el Proyecto, proponiendo que entrase en vigor el 18 de marzo de 1918, sin embargo, el Congreso, en último término, no aprobó su vigencia.

En 1920, en un contexto donde en nuestro país ya se aplicaba un nuevo Código de Procedimientos Penales, que incluso había sido aprobado por el Poder Legislativo en 1919, se decidió retomar la reforma en materia punitiva iniciada años atrás, mediante la expedición de la Ley N° 4460, de fecha 30 de diciembre de 1921, a través de la

¹⁵⁶ Ibid., pp. 50-51.

¹⁵⁷ Ibid., p. 52.

¹⁵⁸ PESSAGNO, Rodolfo G., Op. cit., p. 143.

cual nombró una nueva comisión con el fin que culmine la elaboración del proyecto de Código Penal, revisando el Proyecto de 1916 y concordándolo con el nuevo Código adjetivo. Esta comisión estuvo compuesta por dos senadores, Julio E. Ego Gutierrez y Pío Max Deriva, y tres diputados, Plácido Jiménez, Vicente Noriega del Águila y Carlos Calle, elegidos por sus respectivas Cámaras y, por dos magistrados, Felipe de Osma y Alejandro Maguiña, elegidos por la Corte Suprema. La misma Comisión instó para que sea incorporado el jurista Víctor M. Maurtua. Tras realizar algunas modificaciones, la comisión remitió el proyecto final al Congreso.

Por fin, el Congreso de la República sancionó el 10 de enero de 1924, el nuevo Código Penal a través de la Ley N° 4868, que se publicó el 28 de julio del mismo año y que comenzó a regir en todo el país, desde el día siguiente de su promulgación. El Código Penal de 1924 fue recibido entre elogios por parte de la crítica jurídica internacional. En cambio, la acogida brindada al nuevo Código en el Perú fue, por el contrario bastante crítica. Sus disposiciones fueron calificadas de utópicas y de totalmente inadecuadas a la realidad del país. Por parte de algunos autores, como Lizardo ALZAMORA, se llegó a sostener que “todo el título de la delincuencia de los menores de dieciocho años está fundado en una doctrina exagerada y peligrosa” y que su aplicación entre nosotros sería de funestas consecuencias¹⁵⁹.

Por ejemplo, ABASTOS, en sus célebres comentarios a la Parte General, señala: “Por incomprensible pasadismo, el Código de Maúrtua transforma todas las eximentes en atenuantes, siguiendo un absurdo sistema que recuerda el del Código español de 1870 y el de nuestro Código de 1863”¹⁶⁰. El descuido del legislador de no concordar el nuevo Código con la ley procesal generó diversas críticas¹⁶¹. Leonidas AVENDAÑO se lamentó que “los autores del Código no han podido sacudirse de la influencia de las doctrinas de la Escuela Clásica y no se han resuelto a abandonarlas por completo” y consideró que debió aceptarse el “temperamento adoptado por la comisión presidida por el profesor Ferri”¹⁶².

4.6.2. Justificación

La Exposición de Motivos del Código de 1924 o “Código de Maúrtua” -en honor a su autor- manifiesta el carácter urgente de la reforma, por el desfase en el que el Código de 1863 se encontraba frente a la transformación ocurrida en la ciencia penal. En el contexto del movimiento legislativo que operaba en Europa por estas épocas “se desarrollaba entre los representantes de las diferentes escuelas penales, principalmente entre la clásica y la positiva una intensa lucha. La primera tuvo su máximo exponente en el Código Penal italiano de 1889, llamado “Código de Zanardelli”, caracterizado por su fidelidad a la concepción de la pena retributiva y al libre albedrío como fundamentos de la culpabilidad, y su rechazo a las medias de seguridad y tratamiento. El movimiento positivista italiano, tuvo su consagración legislativa en el proyecto italiano de 1921, elaborado por Enrico Ferri. Finalmente,

159 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 102.

160 ABASTOS, Manuel G. Escritos Penales; en: *Ius et Praxis*, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación, p. 330.

161 BARRETO, Anselmo. Nota proyecto presentada por el Dr. A. Barreto a la Corte Suprema, relativa al novísimo Código Penal; en *Revista del Foro*, Año XII, N° 3,4 y 5, Lima, p. 150-165.

162 AVENDAÑO, Leonidas. La reforma de la legislación nacional en el Perú; en *Revista del Foro*, Año IX, N° 6 y 7, Lima, p. 224.

las ideas de la llamada “Escuela de la Política Criminal”, cuyo máximo representante fue Franz von Liszt, se imponen progresivamente y logran influir fuertemente los trabajos legislativos que se realizaban en Suiza, que culminó con la adopción del Código Federado de 1937. En Francia, el Código de 1810 -modificado por leyes parciales pero no de manera sustancial- advierte, a partir de 1880, una cierta influencia positivista¹⁶³.

4.6.3. Estructura

El Código Penal de 1924 se estructura en cuatro Libros. El Libro Primero “Disposiciones Generales” está integrado por 149 artículos. El Libro Segundo “Delitos” contiene 234 disposiciones. El Libro Tercero “Faltas” está formado por 11 artículos. Por último, el Libro Cuarto “Vigencia y aplicación del Código Penal” se compone de 24 dispositivos.

4.6.3.1. Principios garantistas

La Constitución Política del Perú 1867¹⁶⁴ y la Constitución para la República del Perú de 1920¹⁶⁵ contuvieron, al igual que sus antecesoras, principios limitadores del *ius puniendi*. El Código Penal de 1924 se ocupa de las “Garantías de la Ley Penal” en tres artículos: El artículo 1 contiene la garantías de la integridad física y moral del reo y también el principio “*nulla poena sine iudicio*”. En el artículo 2 y 3 se proclama expresamente el principio “*nullum crime, nulla poena sine lege*”. En los artículos siguientes se legisla sobre los principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo (4-6 y 7-9, respectivamente).

163 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., pp. 56-57). En Latinoamérica, Argentina, muestra en su proyecto de 1916-1917 una inclinación a favor de la corriente “político-criminal”, mientras que en Brasil, Venezuela y Uruguay se aprecia la influencia del Código Penal italiano de 1889 (Código Zanardelli). En ese contexto, Maúrtua, quien a pesar de no haber publicado obra teórica alguna en materia penal, ni ser precisamente un especialista en materia penal, sino más un jurista y diplomático, que era conocido por haber sido profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, desde 1915 hasta 1919, diputado por Ica en 1915 y ministro de Hacienda del gobierno de José Pardo en 1917, no se mostró receptivo del positivismo italiano, sino destacó “como propulsor de las corrientes doctrinarias de cepa hegeliana y neokantiana” Ibid., p. 53.

164 Constitución Política del Perú de 1867. [Principio de legalidad] Artículo 13: “Nadie esta obligado hacer lo que manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 14: “Ninguna ley tiene efecto retroactivo”. [Principio de finalidad preventivo-protectora y legalidad en la ejecución] Artículo 18: “Las casas destinadas a las detención, son lugares de seguridad y no de castigo”. Es prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos. [Principio de garantía jurisdiccional] Artículo 126: “Se prohíbe todo juicio por comisión”; [otras garantías]; inviolabilidad de la correspondencia (artículo 21); prohibición de avocamiento indebido y cosa juzgada (artículo 127); publicidad de los juicios y motivación (artículo 125); inviolabilidad de la vida humana y proscripción de la pena de muerte (artículo 15), inviolabilidad del domicilio (artículo 19), etc.

165 Constitución para la República del Perú de 1920. [Principio de legalidad] Artículo 19: “Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 20: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo”; [Principio de legalidad en la ejecución y finalidad preventivo protectora] Artículo 27: “Las cárceles son lugares de seguridad y no de castigo. Esta prohibida toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos. La ley no podrá establecer tormentos, castigos ni penas infamantes. Quienes los ordenen o ejecuten serán penados”; [Principio de garantía jurisdiccional, prohibición de avocamiento indebido y non bis in idem] Artículo 155: “Se prohíbe todo juicio por comisión. Ninguna Poder ni ninguna autoridad puede avocarse causas pendientes ante otro Poder u otra autoridad, ni sustanciarlas, ni hacer revivir procesos fenecidos”; [Otras garantías]: protección de la vida y uso excepcional de la pena de muerte para homicidio calificado, traición a la patria y los casos que determine la ley (artículo 12); inviolabilidad del domicilio (artículo 29); inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 32); publicidad de los juicios y motivación de las sentencias (artículo 54); protección especial de la raza indígena (artículo 58); etc.

En la Parte General, la influencia suiza es evidente y de gran importancia, sobre todo en dos aspectos. El primero es el referente a la regulación de los elementos del delito. Gracias a ella, nuestro legislador incorporó un título consagrado a la culpabilidad, como fundamento de la pena. Para esto adopta las definiciones helvéticas de la inimputabilidad (presupuesto psicológico de la culpabilidad), del dolo y de la culpa (formas o especies de la culpabilidad) y, asimismo, del error de hecho y de derecho (como causas influyentes en la existencia o atenuación de la culpabilidad). En la legislación anterior a 1924 y en los proyectos de reformas del Código de 1863, no se estatuyeron disposiciones de esta naturaleza. En ellos, por el contrario, subsistía un buen número de casos de “responsabilidad por el mero resultado” (responsabilidad sin culpabilidad). El segundo aspecto en que se revela la enorme influencia helvética, en la Parte General del Código, es el concerniente a la sanción. En este dominio, el legislador adopta el sistema dualista de los proyectos suizos. La infracción no sólo puede dar lugar a la aplicación de una pena sino a la de una medida de seguridad; incluso, recurrió a la multa para evitar penas privativas de libertad de corta duración. También es importante la influencia suiza en lo referente a la individualización de la pena, en función de la culpabilidad. En relación a la Parte Especial, la influencia suiza es constante, incluso para la desaparición de ciertos delitos previstos en la ley penal de 1863, como el delito de intentar variar la religión católica previsto en el artículo 99 del Código Penal de 1863, *“La tentativa para abolir o variar en el Perú la religión católica, apostólica, romana, será castigada con expatriación en primer grado (...)”*; salvo en algunas infracciones contra el patrimonio, y en algunos casos de delitos de piratería, rebelión y sedición¹⁶⁶.

El Código Penal de 1924 no estableció la pena de muerte. Sin embargo, durante su vigencia se dictaron sendas normas mortícolas al amparo del artículo 54 de la Constitución de 1933, tales como el Decreto Ley N° 10976 y la Ley 12341, sin modificarse el catálogo de sanciones previsto en el artículo 10 del Código Penal. Muy posteriormente, con la expedición del Decreto Ley N° 17388 de fecha 24 de enero de 1969, se incluyó la pena capital en el referido artículo 10 del Código Penal.

4.6.3.2. Teoría del Delito

Se encuentran tratados los temas de la culpabilidad (artículos 81-84), de las causas que eliminan o atenúan la represión: la inimputabilidad (artículo 85 inciso 1); la legítima defensa (artículo 85 inc. 2), la coacción física, la coacción moral, el estado de necesidad (artículo 85 inciso 3), cumplimiento de un deber de función o de profesión, la práctica de un acto permitido por la ley (artículo 85 inciso 4); y, la obediencia jerárquica (artículo 85 inciso 5). La inimputabilidad bajo la fórmula llamada “psiquiátrico-psicológica”, que exige dos condiciones: 1) Un estado de enfermedad mental, idiotez, o de gran alteración transitoria de la conciencia; y, 2) La falta de apreciación psicológica del hecho¹⁶⁷.

4.6.3.3. Teoría de la Pena

¹⁶⁶ HURTADO POZO, La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., pp. 61-63.

¹⁶⁷ ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp. 142-143

La Exposición de Motivos del Código de 1924 declaró inspirarse en el principio utilizado por von Liszt de que la finalidad de la punición no la constituye el delito, sino el delincuente, no el concepto, sino el hombre. El Código presenta un doble juego de medios para luchar contra el crimen: las penas y las medidas de seguridad. Dichas penas –solamente las penas- se encuentran taxativamente presentadas en el artículo 10: internamiento (no menor de 25 años), penitenciaría (1 a 20 años), relegación (indeterminada o de 01 a 20 años), prisión (de 02 días a 20 años), expatriación, multa e inhabilitación (perpetua, indeterminada con duración mínima de 25 años o determinada de duración máxima de 10 años). De conformidad con los artículos 50 y 51 los jueces pueden aplicar las penas sin atenerse, como en el sistema del Código de 1963 a la mecánica de las circunstancias atenuantes o agravantes taxativamente indicados. El juez, en el momento de concretizar la pena, tiene arbitrio para escoger en el amplio margen existente entre el máximo y el mínimo de la determinación legal de la pena para cada delito. En varios dispositivos del Código se organiza siguiendo al Proyecto Suizo, las medidas de seguridad respecto de los delincuentes irresponsables, de responsabilidad limitada (indígenas degradados por la servidumbre o el alcohol) o cuando se trata de delitos que fuesen consecuencia del desarreglo de vida o la ociosidad del culpable¹⁶⁸.

4.6.4. Características

Las fuentes del Código penal peruano pueden clasificarse en dos grupos, de acuerdo a su importancia. Las más frecuentemente utilizadas fueron suiza (proyectos de 1916 y 1918), la italiana (Código Penal de 1889 o Código de Zanardelli y el Proyecto Ferri) y la argentina de 1921 (Delitos de defraudación, usurpación, piratería, rebelión y dedición). En algunas disposiciones se revela la influencia uruguaya, holandesa (la regla de la aplicación de la ley penal en el espacio) y sueca (sistema de “días-multa”). Lo que queda de la enorme influencia española es lo que el legislador conservó del Código derogado que, como lo hemos señalado antes, tuvo como fuente el Código Penal español de 1848-1850 (figuras delictivas subsistentes), y lo que toma de la fuente argentina. Al mismo tiempo que mantenía algunos elementos del Código de 1863¹⁶⁹.

La mayor influencia que recibió el modelo del Código Penal de 1924 fue la suiza. El Código penal de Maúrtua se basó fielmente en el Proyecto de Código penal suizo, que en 1916 y 1917 había recibido forma definitiva. A menudo se transcriben las disposiciones de aquél casi literalmente, hasta el punto de que ahora, en vigencia desde 1942 el Código Penal helvético, los Comentarios suizos suelen ser utilizados por los profesores e intérpretes del Perú, especialmente los que ha publicado Paul Logoz¹⁷⁰. Pero, como se ha dicho las fuentes utilizadas por Maúrtua en la elaboración del Código fueron diversas. No se trata, pues, de la recepción de un solo Código extranjero *in toto*. En algunos casos, las transcribió fielmente, otras veces, les hizo algunas modificaciones o las utilizó parcialmente para confeccionar una regla ya existente en la legislación nacional o proveniente de un modelo extranjero o,

¹⁶⁸ Ibid., p. 143.

¹⁶⁹ HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 59.

¹⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 1205

simplemente, se apartó de aquellas y mantuvo la legislación anterior o sino estuvo satisfecho utilizó otra fuente legislativa.

El Código Penal de 1924, consideró al Derecho penal como un medio para “asimilar” a los grupos de peruanos que creyó “fuera de la civilización”. La ley penal distinguió primero, entre aquellos que consideró “civilizados”, segundo, indígenas semicivilizados o “degradados por la servidumbre y el alcoholismo y, por último, “salvajes”. No existen elementos positivos que permitan saber que entendido el legislador por “hombre civilizado”, pero por descarte de las otras dos concepciones, se trataría de la persona que vive en un centro urbano o muy cerca de este, que es alfabeto y comparte las costumbres de la urbe. La condición de personal de los segundos, entendidos por el legislador como el campesino y/o pastor andino que vive en el medio rural y que no era hispanohablante o alfabeto, hizo que los considerase como imputables relativos y estableciera una represión prudente o atenuada o la aplicación de una medida de seguridad, de acuerdo a su “desarrollo mental”, “grado de cultura” y “costumbres”. Los “salvajes” son los nativos de la región selvática, constituyentes de los casi sesenticuatro grupos etnolingüísticos, culturalmente diferentes no solo por el idioma, sino por la forma de autodeterminarse fueron considerados como inimputables, disponiéndose que en caso de sancionárseles con pena privativa de libertad, esta sea sustituida con una medida de seguridad consistente en la colocación en una colonia penal agrícola; y señala como fina a alcanzar la “asimilación a la vida civilizada” y “hacérseles adquirir una “moralidad” que los haga aptos para “conducirse” bien¹⁷¹. Tuvo en cuenta las diferencias etnoculturales existentes entre los pobladores del país.

Doctrinariamente su filiación la encontramos en la Escuela Político-Criminal. El Código Penal de 1924 se mantiene apartado de la clasificación Franco-Alemana de las infracciones en tres categorías (Crímenes, Delitos y Faltas), para reafirmarse en la bipartita (Delitos y Faltas). No contiene definiciones doctrinales. La Parte Especial expone simplemente los elementos de cada delito con la indicación de la correspondiente pena y existe una supresión de las penas absolutamente fijas, permitiendo que una pena grave pueda ser reemplazada por una sanción menos grave y que el juez la individualice dentro de ciertos límites.

4.7. El Proyecto Cornejo-Jiménez

Apenas transcurrido año y medio desde que el Código Penal empezó a regir, se pensó en el Perú en una nueva reforma penal. Por Ley N° 5168 de fecha 31 de julio de 1925, se designó una Comisión integrada por el senador Angel Gustavo Cornejo y el diputado Plácido Jiménez, representantes, respectivamente, del Senado y de la Cámara Nacional de Diputados, con el propósito de revisar e introducir las modificaciones que fueran necesarias al Código de 1924. “Lo lógico hubiera sido que se limitase a concordar los Códigos Penal y de Procedimientos y a la mejora de la técnica del primero”¹⁷². Sin embargo, los comisionados elaboraron un Anteproyecto que no sólo comprendía el Libro I, referente a los preceptos generales, sino también el Libro II dedicado a los delitos en particular.

171 HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 62.

172 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Op cit., p. 1207.

En 1928, se dio publicidad a la actividad pre-legislativa de los comisionados. La misma que, en 1957 fue publicada por sus autores en Lima como obra jurídica intitulada “Primer Anteproyecto de la Comisión Parlamentaria nombrada por Ley N° 5168” y que se encuentra compuesta por dos tomos, correspondientes a ambos libros respectivamente. La Parte general tiene 320 y la Parte Especial 644 dispositivos. El proyecto de Código Penal es extensísimo, incompatible por su longitud con las necesidades modernas¹⁷³.

En cuanto a la consagración de los principios limitadores del *ius puniendi* observamos el establecimiento del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena, así como las bases del principio de lesividad, ambas, en el artículo 1 del “Proyecto Cornejo- Jiménez”, el mismo que declara que la ley penal tiene por objeto la defensa del orden social contra los actos o estados violatorios del Derecho, o que lo amenazarán, o ponen en peligro, aplicando penas o medidas de seguridad para tal fin. El principio de legalidad se ubica en los artículos 2 y 3, mientras que el principio *nulla poena sine iudicio* se contempla en el artículo 4.

El Proyecto clasifica las “infracciones”, en comunes y especiales. Las comunes son aquellas que se encuentran contenidas en su cuerpo, (ej. delitos políticos y sociales) y las especiales son aquellas previstas en leyes penales privativas o en tratados celebrados con otros Estados. El artículo 128 se refiere claramente a la peligrosidad delictual y predelictual considerándose peligroso al sujeto que realiza o está en aptitud de realizar actos delictuosos. La peligrosidad específica se considera intrínseca e ingénita y la peligrosidad sintomática se califica objetivamente por las modalidades del delito cometido según supuestos previstos en dicho anteproyecto.

Las penas son clasificadas en presidio, penitenciaría, cárcel, arresto, expatriación, inhabilitación y multa. Las medidas de seguridad, según el artículo 169, consisten en, relegación, internación en asilo, manicomio, reformatorio, casa de trabajo o de tratamiento, confinamiento, trabajo disciplinario, caución y expulsión. También se estableció un elenco de medidas de seguridad denominadas “medidas preventivas” aplicables para ciertas actividades y estados considerados “peligrosos” (expulsión, secuestro o vigilancia policial, reglas de conducta, correccionales). Los casos de peligrosidad o ausencia de la misma son homologables a las clásicas circunstancias agravantes o atenuantes del delito (artículos 45, 46 y 47).

La determinación judicial de las penas está limitada por los agravantes y atenuantes, los cuales se indican en la Parte General como para otros delitos en la Parte Especial. A juicio de ROY FREYRE, es la parte menos sistemática del Código y su inspiración no tiene nada de la teoría del estado peligroso, puesto que se encuentra dominado por la preocupación de los clásicos: a tanto delito tanta pena¹⁷⁴. Sin embargo, en opinión de HURTADO POZO, “la influencia positiva era tan fuerte que el primer intento de reforma del Código Penal de 1924, tres años después de su entrada en vigencia, estuvo claramente inspirado en ese movimiento¹⁷⁵.

¹⁷³ Loc. cit.

¹⁷⁴ ROY FREYRE, Luis Eduardo, Trayectoria del Derecho Penal, Op. cit., pp. 146-147.

¹⁷⁵ HURTADO POZO, José. La ley ‘importada’. Recepción del derecho penal en el Perú, Op. cit., p. 53.

4.8. Legislación penal entre los Códigos Penales de 1924 -1991¹⁷⁶

Entre los años 1924 y 1991, se establecieron diversas modificaciones en nuestra legislación penal. El código penal es un cuerpo orgánico de leyes, que nace para tener más o menos una vida prolongada, pero, por la evolución de las circunstancias sociales algunas de sus disposiciones podrían devenir insuficientes para la protección de los bienes jurídicos. La creación de nuevas figuras delictivas que incriminen formas de conducta antes no sancionadas por la ley penal, la dialéctica de la realidad explica, entonces, la dación de leyes penales, que conduzcan la política criminal imperante en un determinado tiempo y un determinado lugar¹⁷⁷.

Hemos referido que el Código Penal de 1924 no estableció dentro de su catálogo punitivo la pena de muerte, pero que esta fue reinsertada durante el transcurso de su vigencia. Ello pese a que la Constitución de 1920 si lo hubiese permitido, pues, ésta había previsto aquella de modo expreso y directo al señalar en su artículo 21: “La ley

176 Entre las principales leyes dictadas entre el “Código Maúrtua” y el Código Penal de 1991 tenemos según orden cronológico: 1. La Ley N° 4821 de 18 de enero de 1924, sobre vagancia. 2. La Ley N° 9014, de 23 de noviembre de 1939, sobre reparación civil y prescripción de la acción penal pública. 3. La Ley N° 10202, de 22 de junio de 1945, sobre represión del delito de Abigeato. 4. La Ley N° 10203, de 22 de junio de 1945, sobre derogatoria de algunos artículos de la Ley N° 9014. 5. La Ley N° 10309, de 14 de diciembre de 1945, sobre la ley de imprenta. 6. La Ley N° 10310, de 14 de diciembre de 1945, sobre sustitución del artículo 1° de la ley imprenta. 7. La Ley N° 10551, de 14 de abril de 1946, sobre represión de los delitos de acaparamiento u ocultación de artículos de primera necesidad. 8. El Decreto Ley N° 10906, de 3 de diciembre de 1948, sobre represión de los delitos de especulación y acaparamiento. 9. El Decreto Ley N° 10976, de 25 de marzo de 1949, sobre el establecimiento de la pena de muerte para los autores de los delitos previstos en los artículos 151, 152, 289 y 290 del Código Penal. (Sustituido por el art. 19 del Decreto Ley N° 18968, de 21 de setiembre de 1971). 10. El Decreto Ley N° 11004, de 28 de marzo de 1949, sobre la represión de la vagancia y de los reiterantes en ratérias. 11. El Decreto Ley N° 11005, de 28 de marzo de 1949, sobre represión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. 12. El Decreto Ley N° 11047, de 1° de julio de 1949, sobre el establecimiento de normas complementarias del decreto – Ley N° 11005. 13. El Decreto Ley N° 11078, de 5 de agosto de 1949, sobre represión del delito de agio y usura. 14. El Decreto Ley N° 11363, de 19 de mayo de 1950, sobre el establecimiento del delito de ejercicio ilegal de la Abogacía. 15. El Decreto Ley N° 12341, de 10 de junio de 1955, sobre secuestro de menores. 16. La Ley N° 13906, de enero de 1962, sobre el delito de abandono de familia. 17. La Ley N° 15590, de 18 de agosto de 1965, sobre represión de actos de traición a la patria y servicio a las armas de potencias extranjeras. 18. La Ley N° 16185, de 28 de junio de 1966, sobre delito de contrabando. 19. La Ley de 12 de agosto de 1966, sobre delitos tributarios. 20. Los Decretos – Leyes Nos. 17106, de 8 de noviembre de 1968 y 17388, de 24 de enero de 1969, han modificado artículos del Código Penal. 21. El Decreto Ley N° 17095, de 5 de noviembre de 1968, sobre normas para la declaración jurada de bienes y rentas de los funcionarios públicos. 22. El Decreto Ley N° 17106, de 8 de noviembre de 1968, sobre aumento de la penalidad en los delitos contra los deberes de función. 23. El Decreto Ley N° 17388, de 24 de enero de 1969, estableciendo la pena de muerte en casos especiales de delitos de rapto y contra el honor sexual. (Sustituido por los arts. 1° y 2° del Decreto Ley N° 18968). 24. El Decreto Ley N° 17505, de 18 de marzo de 1969, Código Sanitario. 25. El Decreto Ley N° 17638, de 13 de mayo de 1969, estableciendo norma para promover el desarrollo de la industria de la construcción. Exoneraciones tributarias. 26. El Decreto Ley N° 17681, de 3 de junio de 1969, sobre adulteración, acaparamiento y especulación de artículos alimenticios. 27. El Decreto Ley N° 17684, de 6 de junio de 1969, sobre control de precios de artículos básicos para la alimentación. 28. El Decreto Ley N° 17705, de 13 de junio de 1969, sobre faltas contra la alimentación popular. 29. El Decreto Ley N° 17716, de 24 de junio de 1969, Ley de reforma agraria. 30. El Decreto Supremo N° 163-69-AP, de 19 de agosto de 1969, sobre reglamento de tierras para la reforma agraria. 31. El Decreto Ley N° 17752, de 24 de junio de 1969, sobre Ley general de aguas. 32. El Decreto Ley N° 17779, de 19 de agosto de 1969, sobre normas para mejorar control de la evasión tributaria. 33. El Decreto Ley N° 17816, de 16 de setiembre de 1969, que amplía el contenido de la ley 9147, que prohíbe la caza de vicuña. 34. El Decreto Ley N° 17817, de 16 de setiembre de 1969, ley orgánica del deporte nacional. 35. El Decreto Ley N° 17850, de 14 de octubre de 1969, que modifica artículos del Decreto Ley 17681, sobre la adulteración, acaparamiento y especulación. 36. El Decreto Ley N° 17998, de 18 de noviembre de 1969, que deroga el art. 7 de la ley N° 4145. 37. El Decreto Ley N° 18968, de 21 de setiembre de 1971, sobre pena de muerte sólo por traición a la Patria y servicio a las armas de potencias extranjeras y de delitos en agravio de menores de edad. 38. El Decreto Ley N° 19000, de 19 de octubre de 1971, que modifica el art. 239 del Código Penal, con miras a reprimir la creciente ola delictiva. 39. El Decreto Ley N° 19094, de 30 de noviembre de 1971, que estatuye la pena de muerte para quienes usen bombas y explosivos con propósitos deliberados.

177 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. Derecho Penal, Parte General; en: Revista del Foro, Enero-Diciembre, Año LVIII, N° 1-2-3, 1971, 23-256 p. 37.

protege el honor y la vida contra toda injusta agresión y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado y por el de traición a la patria, en los casos que determine la ley”. La pena capital fue incluida en el catalogo de penas previstas en el artículo 10 del Código Penal mediante el Decreto Ley N° 17388, de fecha 24 de enero de 1969.

En ese sentido, el Decreto Ley N° 10976, de 25 de marzo de 1949, reestableció la pena de muerte para sancionar supuestos de homicidio calificado y de alta traición. Los fundamentos para reincorporar la pena capital se aprecian en las consideraciones de dicha norma, en la cual se tilda de insuficiente la pena de internamiento respecto a “los más graves delitos y crímenes”, que fue prevista como máxima sanción, en reemplazo de la pena de muerte del Código de 1863, en el catalogo de penas establecido en el artículo 10 del Código Penal de 1924, y se invoca una necesaria adecuación a la Constitución de 1933. La misma que repitiendo la formula mortícola utilizada por su homóloga de 1920, establecía en su artículo 54: “La pena de muerte se impondrá por delito de traición a la patria y homicidio calificado y por todos aquellos que señale la ley”.

El legislador afirmó también la reincorporación de la pena capital en la consideración que había quedado desvirtuado el motivo de su abolición, en el sentido que la “voluntad popular la rechazaba”, “ya que la Asamblea Constituyente de 1933, depositaria y traductora de esa misma voluntad popular y de la soberanía nacional dispuso la vigencia de dicha pena” y que “la lenidad con que la ley penal actual sanciona los más abominables crímenes, encuentra por el contrario el rechazo de la conciencia pública, que ve en ella una forma de impunidad”, asimismo niega la tendencia abolicionista afirmando que “se encuentra universal y categóricamente desmentido hoy por las naciones más civilizadas del Mundo”, finalmente, dio el argumento demagógico de que ante “la acentuación notoria e innegable de la criminalidad” y “mientras se procede a una reforma integral de nuestra legislación penal (...) es necesario adoptar de inmediato las urgentes medidas que la opinión pública reclama”.

De ese modo, mediante el Decreto Ley N° 10976 se modificaron los artículos 151 (parricidio), 152 (asesinato), 154 (excepción a la pena capital), 289 (traición en tiempo de paz) y 290 (traición en tiempo de guerra) del Código Penal de 1924, estableciendo como sanción para todos estos la pena muerte. Por su parte, la Ley N° 12341, de 10 de junio de 1955, el Decreto Ley N° 17388, de 24 de enero de 1969, y el Decreto Ley N° 18140, de 10 de febrero de 1970, extendieron la aplicación de la pena capital para los delitos de rapto de menores seguidos de muerte, violación de menores y asalto a mano armada, cometido con el fin de hacer sufrir el acto sexual o contra natura de la víctima. De otro lado, la Ley N° 15590, de 20 de agosto de 1965, estableció que diversas conductas delictivas, cuando son cometidas para alterar el orden constitucional por medio de la violencia o de movimientos guerrilleros a fin de implantar el régimen comunista totalitario constituían supuestos del delito de traición a la patria generalizando la aplicación de la pena capital a todos estos supuestos.

El Decreto Ley N° 18968, de 21 de setiembre de 1971, restringe nuevamente la aplicación de la pena capital para los delitos de traición a la patria, homicidio como consecuencia de rapto y sustracción de menores seguida de muerte, en los otros

casos, como, por ejemplo, en el homicidio calificado (parricidio y asesinato), se sustituyó la pena capital por la pena de internamiento. Poco después, el Decreto Ley N° 19910, de 30 de enero de 1973, estableció la pena capital para los casos de ataque a los miembros de las fuerzas policiales, de robo seguido de muerte y de homicidio calificado (asesinato). El Decreto Ley N° 10828, de 3 de diciembre de 1974, sostuvo la aplicación de la misma para quienes, con fines políticos, mataran o lesionaran a otras personas empleando cualquier clase de medios.

El Decreto Ley N° 17106, de 8 de noviembre de 1968, dispuso una excesiva agravación del marco legal de las penas, respecto a ciertos delitos cometidos contra la administración pública (concusión, gestión desleal de intereses públicos, corrupción, previstos en el Código). La necesidad de utilizar penas drásticas para moralizar la administración pública fue el argumento central expuesto por el legislador en la parte expositiva de la norma.

El Decreto Ley N° 17505, de 18 de marzo de 1969 -derogado parcialmente años después por el Decreto Legislativo N° 121, de 12 de junio de 1981- aprobó el Código Sanitario de 1969. El cual en su Libro III, “De los Delitos y las Sanciones”, Sección Primera “Delitos contra la Salud”, tipificó como delitos de esta naturaleza diecinueve conductas distintas, vinculadas a infracciones dentro la actividad sanitaria, tales como, “negarse a cumplir las normas de salud u obstaculizar la acción de la autoridad de salud”, “la violación consiente de las norma de salud”, “la propagación consciente de enfermedades contagiosas”, “la huelga de hambre”, “los demás casos contemplados en el Código Penal y otras Leyes, como delitos contra la salud pública”. La pena prevista para aquellos supuestos expresados de modo claramente contrario al principio de legalidad, por la falta de determinación de sus enunciados, muchos de ellos meras faltas administrativas, consistió en penitenciaría o prisión no menor de seis meses.

El Decreto Ley N° 19030, de 11 de noviembre de 1971, y el Decreto Ley N° 19962, de 27 marzo de 1973, ampliaron de modo excesivo los plazos de prescripción de la acción penal, al multiplicar los casos de interrupción y suspensión de la prescripción, agravar la situación de quien se alejara del país para evitar la acción de la justicia, y eliminar el plazo absoluto de prescripción, mientras que el Decreto Ley N° 17106, de 8 de noviembre de 1968, el Decreto Ley N° 17388, de 24 de enero de 1969, el Decreto Ley N° 17716, de 24 de junio de 1969, el Decreto Ley N° 17816, de 16 de setiembre de 1969 y el Decreto Ley N° 19049, de 30 de noviembre de 1971, excluyeron la concesión de la condena o de la liberación condicional a los autores de cierto tipo de delitos, por ejemplo, actos terroristas, atentados contra la reforma agraria, etc.

El Decreto Ley N° 20490, de 24 de diciembre de 1973, dispuso la derogación del artículo 194 del Código Penal, que permitía al condenado por delitos contra el honor solicitar la sustitución del noventa por ciento de la pena privativa de la libertad que se le había impuesto por una multa proporcional. El argumento falaz utilizado fue que dicha norma establecía un privilegio en razón a la riqueza de las personas, lo que se consideraba contrario al principio de la igualdad ante la ley.

El Decreto Ley N° 17716, de 24 de junio de 1969, el Decreto Ley N° 18457, de 03 de noviembre de 1970, el Decreto Ley N° 18882, de 15 de junio de 1971, el Decreto Ley N° 18275, de 15 de abril de 1970 -derogado por el Decreto Ley N° 21954, de 7 de octubre de 1977- establecieron normas penales con el fin de garantizar la aplicación normal de ciertas reformas socio-políticas; por ejemplo, la reforma agraria, el control de divisas, el monopolio de comercio de metales y piedras preciosas, la reforma tributaria, la libertad de prensa, etc.

El Decreto Ley N° 20583, de 9 de abril de 1974, despenalizó el consumo de drogas, estableciendo para los consumidores que dejaron de ser considerados como autores o cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, conforme al Decreto Ley N° 19505, de 22 de agosto de 1972, medidas de tratamiento. El Decreto Legislativo N° 121, de 12 de junio de 1981, en cuanto a los delitos contra la libertad y el honor sexual, estableció la disminución de la edad de la víctima de 16 a 14 años. El resultado fue la puesta en libertad de un gran número de detenidos como autores de estos delitos en agravio de menores de 16 y mayores de 14. La armonización de la legislación penal con el Código Civil, que facultaba el matrimonio de las mujeres desde los 14 años, y el descongestionamiento de los establecimientos penales fueron los dos objetivos centrales de esta reforma.

El Decreto Legislativo N° 121, de fecha 12 de junio de 1981 y el Decreto Legislativo N° 330, de 06 de marzo de 1985, --Código de Ejecución Penal-, demuestran la preocupación de nuestro legislador por la congestión y el hacinamiento de la realidad penitenciaria, estableciendo respectivamente, la obligación de la autoridad penitenciaria de informar permanentemente al juez competente “para los efectos de conceder la liberación condicional” y otorga al juez de ejecución penal la función de conceder la libertad condicional, de oficio o a solicitud de Ministerio Público (artículo 148; inciso b)).

4.9. El Código Penal de 1991

4.9.1. Antecedentes

El Código Penal de 1991 es el resultado de un largo proceso de reforma en materia punitiva, que en realidad data de 1965. Hay quienes sostienen considerando sólo la versión final de los proyectos la fecha inicial recién en 1984¹⁷⁸. En 1965, el Poder Ejecutivo por Decreto Supremo N° 136-AL, de fecha 25 de marzo de 1965, designó una comisión de juristas para revisar el Código Penal de 1924. La comisión estuvo integrada por Octavio Torres Malpica, Luis Bramont Arias, Luis E. Roy Freyre, Raúl Peña Cabrera, Hugo Piaggio y Carlos Espinoza Villanueva. El 7 de junio de 1972, esta comisión presentó culminado su anteproyecto.

Nuevamente, en 1981, el Poder Ejecutivo por Resolución Suprema N° 070-81-JUS, de fecha 08 de setiembre de 1981, creó una comisión para proponer al Ministerio de Justicia el anteproyecto de 1972. Esta comisión estuvo integrada por Luis E. Roy Freyre, Eduardo Mimbela de los Santos, Carlos Espinoza Villanueva, Lauro Muñoz Garay, Alfonso Aguilar Bustillos, Víctor Maúrtua Vásquez, Nicolás de Piérola y

¹⁷⁸ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Op. cit., p. 126.

Balta y el Coronel PIP José Cabrera Márquez. El 03 de agosto de 1983, el Ministerio de Justicia, reemitió formalmente un Proyecto de Ley del Código Penal al Congreso de la República. En 1984, el Parlamento, por Ley N° 23859, de fecha 05 de julio de 1984 facultó al Poder Ejecutivo a promulgar mediante Decreto Legislativo el Código Penal, constituyendo una comisión revisora integrada por Javier Alva Orlandini, Luis Bramont Arias, Hugo Denegri Cornejo, Víctor Alfaro de la Peña, Guillermo Bettocchi Ibarra, Oriel Boldrini Pomareda, Edmundo Haya de la Torre, Segundo Peña Reyna, Víctor Pérez Liendo, Juan Portocarrero Hidalgo y Bonifacio Quispe Cusi. El trabajo de esta comisión fue publicado en dos ocasiones, en setiembre y octubre de 1984 y, con algunas enmiendas, del 19 al 21 de agosto de 1985.

El proyecto de 1984 era apegado al Código Penal Tipo para Latinoamérica. El Proyecto de 1985 sigue, en particular en la Parte General, al Código Penal brasileño modificado en 1984 y, de manera restringida, al Código Penal argentino reformado el mismo año y al Código Penal de Uruguay revisado en 1985. Esta influencia es particularmente importante en cuanto al sistema de sanciones penales. Se modifica substancialmente la técnica de la doble vía y se introducen sanciones alternativas para las penas privativas de libertad. En 1985, el Poder Ejecutivo por Resolución Ministerial N° 193-85-JUS, de fecha 31 de julio de 1985, conformó una comisión consultiva en el Ministerio de Justicia integrada por Edmundo Haya de la Torre, Luis Bramont Arias, Juan Portocarrero Hidalgo y José Tello Campodónico, que sobre la base de los textos anteriores elaboró un proyecto propio que fue publicado, del 31 de marzo al 02 de abril de 1986. “El proyecto de 1986 no difiere en lo esencial de lo que plantea el de 1985”¹⁷⁹.

En 1988, el Congreso de la República por Ley N° 24911 de fecha 25 de octubre de 1988 amplió el plazo otorgado por la Ley N° 23859 a todo lo que restaba del período constitucional, a fin de que el Poder Ejecutivo promulgue mediante Decreto Legislativo el Código Penal. Con el propósito de elaborar el texto pre-legislativo se conformó una comisión revisora integrada por René Nuñez del Prado, Felipe Osterling Parodi, Rolando Breña Pantoja, Flavio Nuñez Izaga, Benjamín Madueño Yansey, Duberly Rodríguez Tineo, Carlos Espinoza Villanueva, Pedro Méndez Jurado, Luis Bramont Arias, Luis Roy Freyre y Ricardo Váscones Vega. El 9 de setiembre de 1989, la comisión publicó la Parte General y, el 17 de julio de 1990, fue publicada la versión completa (Parte General y Parte Especial) correspondiente a su proyecto de Código Penal. “Basado en el Proyecto de 1986, el de 1990 es de orientación diferente, siendo sus fuentes principales el Código Penal alemán de 1975, el Proyecto alternativo alemán de 1962 y los proyectos españoles de 1980 y 1983”¹⁸⁰.

En octubre de 1990, dado que el plazo de delegación de facultades otorgado al Poder Ejecutivo por para que dictara el nuevo Código Penal había vencido, el Parlamento por Ley N° 25280 de fecha 30 de octubre de 1990, facultó nuevamente al Ejecutivo a promulgar el Código punitivo, en el término de noventa días –plazo ampliado por sesenta días por Ley N° 25305 de fecha 10 de febrero de 1991- nombrando una nueva comisión revisora, que estuvo integrada por tres senadores Javier Alva Orlandini, Luis Gazzolo Miani y Absalón Alarcón Bravo de Rueda; tres diputados

179 Loc. cit.

180 HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Op. cit., p. 126.

Gilberto Cabanillas Barrantes, Eduardo López Therese y José Baffigo Torre; un representante del Ministerio Público, Pedro Méndez Jurado; del Poder Judicial, Carlos Espinoza Villanueva; del Ministerio de Justicia, Juan Portocarrero Hidalgo; de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, Luis López Pérez; del Colegio de Abogados de Lima, Luis Bramont Arias. El resultado de los trabajos de ésta fue el Proyecto de enero de 1991, en el que se reproducen las propuestas del proyecto de 1990 “modificándolas, algunas veces, de manera insignificante”¹⁸¹. Por fin, el 03 de abril de 1991, el Poder Ejecutivo promulgó este último proyecto, a través del Decreto Legislativo N° 635, que dio a luz al Código Penal de 1991. El mismo que entró a regir el día siguiente de su publicación, efectuada el 08 de abril de dicho año, hasta el día de hoy.

4.9.2. Justificación de la reforma

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 explica de forma clara cuál es la razón de la reforma. En ella nuestro legislador sostiene respecto al Código Penal de 1924 que: "Es dable reconocer que el Código Penal cuya vigencia cesa, constituyó en su época un paso trascendental en relación a las ciencias penales que le antecedieron. Sin embargo el paso irreversible del tiempo, con los nuevos avances doctrinales y la explosiva realidad social del país estremecieron su estructura funcional. El fenómeno criminal con los índices alarmantes y las nuevas modalidades violentas de la desviación social presionaban por mejores propuestas de reacción punitiva". La legislación penal debía adaptarse a “las nuevas realidades de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria”¹⁸².

La reforma penal se produce por dos razones, una de carácter abstracto, consistente en la superación ocurrida en la dogmática penal, desde la década de los setenta, respecto a las teorías y doctrinas expuestas entre inicios del siglo XX y la década del veinte, lo cual se hace extensivo a la política criminal, la criminología y la ciencia penitenciaria; la otra consideración, esta vez, de carácter pragmático, se manifiesta en la obsolescencia del sistema penal que aquellas habían construido hacia sesenta y siete años para hacer frente a la “nueva delincuencia” que había aparecido, producto del vertiginoso desarrollo tecnológico y social. El mundo y el Derecho penal eran otros antes de la crisis del veintinueve, la primera y segunda guerra mundial, la guerra fría y la caída del muro de Berlín. No puede haber duda que ni el concepto del Estado social y democrático de Derecho era otro antes de las derrotas del fascismo y del comunismo, ni que la sociedad es otra tras la aparición de la informática.

Es obvio que la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 no pudo motivar iniciativa alguna para reformar el Código Penal de 1924. En cambio, los diversos procesos de reforma total de la Constitución ocurridos durante la vigencia del Código Penal de 1924, y, en particular, la consolidación del sistema de Estado social y democrático de Derecho y el desarrollo de la doctrina de los derechos humanos, que motivaron la derogación de la Ley Fundamental de 1920 y la promulgación de las

¹⁸¹ Ibid., p. 127.

¹⁸² Exposición de Motivos del Código Penal de 1991.

Cartas Constituciones de 1933 y 1979, de manera fundamental incidieron en la reforma de nuestro sistema penal.

En ese sentido, la propia Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 reconoce a la reforma constitucional como matriz directa de la reforma penal cuando señala: “Hasta hace poco la tendencia era la de hacer una reforma parcial del Código Penal; pero desde 1979, con la promulgación de la Constitución Política del Estado, se entendió que había llegado el momento de afrontar la reforma total del ordenamiento jurídico punitivo. Esta empresa debería abocarse (...) a adaptar el Código Penal al sistema político dibujado por la Constitución (...) El Código Penal persigue concretar los postulados de la moderna política criminal, sentando la premisa que el Derecho Penal es la garantía para la viabilidad posible en un ordenamiento social y democrático de derecho”.

4.9.3. Estructura

El Código Penal de 1991 está compuesto por 466 artículos que se encuentran divididos en cinco grandes rubros o áreas temáticas. Los cinco grandes rubros o secciones comprenden el Título Preliminar (artículos I al X), el Libro I “Parte General” (artículos 1 al 105), el Libro II “Parte Especial” (artículos 106 al 439), el Libro III “Faltas” (artículos 440 al 452) y las Disposiciones Finales y Transitorias (Primera a Cuarta). Los Libros I y II están subdivididos en títulos, que a su vez se distribuyen en capítulos.

4.9.3. 1. Principios Garantistas

Los textos constitucionales que precedieron e inspiraron al Código Penal de 1991 fueron la Constitución Política de 1933¹⁸³, y, en particular, su sucesora la Constitución de 1979¹⁸⁴. Los principios limitadores del ius puniendo encontraron en

183 Constitución Política del Perú de 1933. [Principio de legalidad] Artículo 24: “Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; Artículo 25: “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo”, Artículo 57 Establece: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”; [Principio de garantía jurisdiccional, prohibición de avocamiento indebido y non bis in idem] Artículo 220 Establece: “El Poder de Administrar Justicia se ejerce por los tribunales y juzgados, con las garantías y según los procedimientos establecidos en la Constitución y en las leyes”. Artículo 228: “Se prohíbe todo juicio por comisión. Ningún Poder ni autoridad puede abocarse causas pendientes ante el Poder Judicial. Tampoco pueden revivirse procesos fenecidos”; [Otras garantías] limitación de la pena de muerte a los delitos de traición a la patria, homicidio calificado y los que determine la ley (artículo 54); publicidad de los juicios y motivación (artículo 227); inviolabilidad del domicilio (artículo 61); etc.

184 La Constitución para la República del Perú de 1979. [Principio de legalidad] Artículo 2: “Toda persona tiene derecho a (...) 20. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley. Están abolidas la esclavitud, servidumbre y trata en cualquiera de sus formas; d) Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado por pena no prevista en la ley”; Art. 187: “ (...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es mas favorable al reo, trabajador contribuyente, respectivamente; [Principio de prohibición de la analogía]: Art. 233: “Son garantías de la administración de justicia: (...) 8. La inaplicabilidad por analogía de la ley penal”; [Garantía Jurisdiccional] Artículo 2. 20. j) “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación; Artículo 233.14: “La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prescrita por la Constitución de sus miembros, no les dan posesión del cargo”; Artículo 233. 9. “Son garantías de la administración de justicia (...) La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso

ellas plena acogida e inclusive desde la Carta Política de 1933 el establecimiento de los mismos se hizo con gran pulcritud y eficacia jurídica, lo cual queda demostrado con la consagración por primera vez en nuestra historia republicana el establecimiento del principio de legalidad en su total dimensión, en el artículo 57 de la Constitución de 1933, que a la letra señala: “Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia”. Los textos constitucionales precedentes, únicamente consagraron su expresión positiva de dicho principio, que se instituye más como una máxima de la libertad individual recogida en el enunciado: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”¹⁸⁵.

El Título Preliminar presenta 10 artículos numerados en *romanos* que contienen un conjunto de principios y garantías. Los principios garantistas reunidos en el Título Preliminar son: finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal (artículo I); legalidad, según el cual la actividad punitiva del Estado debe tener apoyo pleno, claro y completo en la ley (artículo II); prohibición de la aplicación analógica de la ley penal (artículo III); principio de la lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos para la aplicación de las penas (artículo IV); garantía jurisdiccional, las sentencias no pueden ser dictadas más que por Juez competente (artículo V); garantía de ejecución, exige que la pena se cumpla en el modo previsto por la ley (artículo VI); responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena (artículo VII); proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho y de la medida de seguridad a intereses públicos predominantes (artículo VIII); función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y los fines de curación, tutela y rehabilitación de las medidas de seguridad (artículo IX); aplicación de las normas generales del Código Penal a las leyes especiales (artículo X).

La diferencia de la regulación del Título Preliminar en el Código Penal de 1991 con el Código Penal de 1924 se observa en dos elementos centrales. En primer lugar, en el Código derogado no existía un Título Preliminar propiamente dicho, que agrupe a los principios del control penal en un solo apartado autónomo e independiente de las otras secciones. Las disposiciones agrupadas en el rubro “Garantías de la Ley Penal”, en el Título I del Código de Maúrtua se encontraron incorporadas al Libro Primero contentivo de la Parte General. La segunda gran diferencia radica en que el Código

(...); [Non bis in idem] Artículo 233.11. “Son garantías de la administración de justicia: La prohibición de revivir procesos fenecidos. Nadie puede ser juzgado nuevamente por hechos por los cuales haya sido absuelto o condenado por sentencia firme”; [Principio de finalidad preventivo-protectora y resocializadora de la pena]; Artículo 234: “Nadie puede ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al Juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de su libertad, si cree que es víctima de maltratos. El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal; Artículo 233.19: “El derecho de los reclusos y sentenciados a ocupar establecimientos sanos y convenientes”; [Otras garantías] Artículo 235: “No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior”; inviolabilidad de domicilio (artículo 2.7); presunción de inocencia (2.20.f); publicidad de los juicios penales (233. 3); motivación (artículo 233. 4); indubio pro reo en caso de duda o conflicto de leyes en el tiempo (artículo 233.7); pluralidad de instancias (233.18); no ser penado en ausencia (233; 10), retroactividad benigna en materia penal, laboral y tributaria (artículo 187); etc.

185 El antecedente constitucional más cercano se encuentra en la Constitución Política de la Monarquía Española Artículo 287: “Ningún español podrá ser preso, sin que preceda información sumaria del hecho, por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prisión” Vid. Infra 4.3.3.

de 1924, a diferencia de la amplia gama de principios garantistas reunidos en vigor, sólo hizo referencia a las garantías “*nulla poena sine iudicio*” (artículo 1) y “*nullum crime sine lege*” (artículos 2) y “*nulla poena sine lege*” (artículo 3).

El principio de finalidad preventivo-protectora y resocializadora de la pena es un principio solidamente establecido en el Código Penal de 1991. La Exposición de Motivos señala que “se consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (...) que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad (...) la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social”. En ese orden de ideas, el texto original del Código Penal de 1991, fijó el plazo máximo de duración de la pena privativa de libertad en 25 años¹⁸⁶ y descartó -como hasta hoy afortunadamente descarta- el recurso a la aplicación de la pena de muerte.

Igualmente, fue un notable avance que el Código Penal de 1991, rechazase en su versión original los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad¹⁸⁷. Los mismos fueron catalogados, según su propia Exposición de Motivos, como “formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor)”, seguido de lo cual, se señala que “carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas” y que “dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva una violación del principio *bis non in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por

186 La cadena perpetua fue incorporada al artículo 29 del Código Penal de 1991 mediante Ley N° 25475, de fecha 06 de mayo de 1992. Se insistió en ella, cuando se precisó legalmente que la pena privativa de libertad se clasificaba en temporal o de cadena perpetua, fijando para la primera de ellas un máximo de 25 años, mediante la Ley N° 26360, de fecha 29 de septiembre de 1994. Tras ello, el plazo de la pena privativa de libertad de carácter temporal fue ampliado hasta 35 años, manteniéndose la cadena perpetua, a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 895 (Quinta Disposición Final), de fecha 23 mayo de 1998. Luego de que el Tribunal Constitucional en la STC N° 005-2001-AI-TC declarase la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 895, la Ley N° 27569, de fecha 02 de diciembre de 2001 derogó el Decreto Legislativo N° 895. En ese contexto, la STC N° 010-2002-AI-TC Lima estableció que “al cabo de 30 años los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias” (FJ. 194), advirtiendo que “(...) en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N° 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895” (FJ. 204), exhortando al legislador a llenar dicho vacío legal. De modo que, el Decreto Legislativo N° 921, de 18 de enero de 2003, dispuso que la cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de prisión. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC N° 0965-2004-HC (FJ. 9) fija como fecha de revisión judicial de la misma los 35 años”. En fin, el texto actual establecido por el Decreto Legislativo N° 982, de fecha 22 de julio de 2007, fija que “la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 02 días y una máxima de 35 años”. En tal sentido, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la cadena perpetua debe ser revisada a los 35 años de su ejecución, a fin de verificar su constitucionalidad, en particular en cuanto al cumplimiento de los principios de resocialización de la pena, proporcionalidad y favorabilidad.

187 La Ley 28726 incorporó las figuras de la reincidencia y la habitualidad en nuestra legislación penal, el 09 de mayo de 2006. Vid Infra nuestros comentarios al artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inciso 11 de la Carta Política [de 1979]”¹⁸⁸.

4.9.3.2. Teoría del Delito

El Libro Primero “Parte General” contiene 105 artículos divididos en seis títulos que se ocupan de aspectos relacionados a ley penal, el delito y sus consecuencias jurídicas. El primero de ellos es el Título I “De la Ley Penal” (artículo 1 al 10), que contiene tres capítulos referidos a los ámbitos de aplicación de la ley penal, en “el espacio” (artículo 1 al 5), donde lo novedoso es la consagración expresa del principio de ubicuidad para determinar el lugar de comisión del delito (donde se produce la acción u omisión o el resultado), “en el tiempo” (artículo 6 al 9), acá se mantiene el reconocimiento de la retroactividad y ultra-actividad benigna, así como se hace referencia a las normas temporales reconociendo su vigencia para sancionar los hechos delictivos realizados durante su predeterminada vigencia, aunque ya no estuvieren, salvo que otra ley prescriba después lo contrario y se fija como momento de comisión del delito el tiempo en el que se aprecia la acción u omisión, sin tomar en consideración el resultado; y, finalmente, respecto “a las personas” (artículo 10), siendo la incorporación de este capítulo la última novedad de este apartado, que hace reconocimiento expreso de la igualdad ante la ley penal con aceptación de las prerrogativas en razón de la función o cargo establecidas en las leyes y en los tratados internacionales¹⁸⁹.

188 La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 adicionalmente a la base argumentativa fundamentada en los principios de culpabilidad y non bis in idem, recurre a un argumento muy importante recogido de la política criminal y que se entrelaza con el principio de finalidad preventivo-protectora de la penal, cuando afirma: “La experiencia ha demostrado que la drástica de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general, todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho a castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

189 El Título II “Del Hecho Punible” (artículo 11 al 27) se encuentra de modo indudable mejor denominado y ubicado que su homólogo del Código de 1924. El Código Maúrtua presentaba el Título IX con el rótulo de “Condiciones de Culpabilidad” seguido del apartado correspondiente a las penas, medidas de seguridad y la reparación civil. El Título II del Código en vigor se divide en cuatro capítulos, que tratan sobre “las bases de la punibilidad” (artículo 11 al 15), donde se define el concepto de delito y falta reemplazando los términos de “infracción intencional” por “infracción dolosa” e “infracción no intencional” por “infracción culposa”. Lo más importante es que se prescinde de dar conceptos de “dolo” y “culpa”, a diferencia del Código derogado. La Exposición de Motivos del Código Penal, con razón, reconoce la importancia de haberse subsanado un importante vacío legislativo “al señalarse los requisitos para que la comisión por omisión pueda llegar a ser castigada”, a saber, una posición de garantía o una conducta de injerencia y la correspondencia entre el comportamiento omisivo con la realización activa del delito. También es novedoso el tratamiento del error, respecto al cual se abandona la antigua clasificación de “error de hecho” y “error de derecho”, por las categorías de “error de tipo” y “error de prohibición”, que indican contenidos distintos a los primeros. Se establece como forma especial de error el “error de comprensión culturalmente condicionado”, en reconocimiento a la heterogeneidad cultural peruana, sin el concepto denigrante y discriminador del “Código Maúrtua” (“salvajes”, “indígenas semicivilizados o de degradados por la servidumbre y el alcoholismo”). El Capítulo II consagra la regulación de “la tentativa” (artículo 16 al 19), donde a diferencia del Código de 1924, se opta por la obligatoriedad para el juzgador e la atenuación de la pena en los casos de tentativa; así como la impunidad de la tentativa cuando es absolutamente inidónea, con lo cual se deroga de nuestro ordenamiento jurídico la punibilidad del delito imposible (sustentado en la peligrosidad del autor). Lo cual, de acuerdo a la Exposición de Motivos se fundamenta en “la norma propuesta en el Artículo IV del Título Preliminar del Proyecto que se motiva, texto que estipula que la imposición de pena sólo acontece ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”. En los que respecta a las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal (artículo 20 al 22), a diferencia del Código de 1924, se diferencia el estado de necesidad justificante del estado de necesidad exculpante; se incorpora en ellos el consentimiento válido del titular de un bien jurídico, siempre que éste sea de libre disposición, y a diferencia del “Código Maúrtua”, prescribe con un carácter facultativo, más no imperativo, la reducción de la pena en los casos de responsabilidad restringida por razones de edad (18-21 o mayores de 65 años). Finalmente, en lo referido a las reglas de la autoría y la participación, se estipula para el cómplice secundario la obligatoria disminución de la pena. Otra novedad es la consagración positiva de la

4.9.3.3. Teoría de la Pena

En el Título III “De las Penas” (artículo 28 al 70), se aprecia que el Código Penal de 1991 unificó la pena privativa de la libertad eliminando las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión, que fueron previstas por el Código de 1924 como formas de esta última y permitió su sustitución por otras formas de sanciones que no importen el recorte de la libertad ambulatoria. El sistema de sanciones o clases de penas (artículo 28 al 44), recoge cuatro tipos de sanciones, tres clases de penas con limitación de derechos relacionados a la libertad, las penas privativa de libertad, restrictiva de libertad y limitativa de derechos, y, una cuarta sanción de carácter pecuniario, la pena de multa. El nuevo Código eliminó el carácter perpetuo de la inhabilitación fijando el máximo de esta en cinco años precisando los casos en que la inhabilitación se aplicará como pena accesoria, permitiendo de esta manera adecuarla a la naturaleza del deber infringido. En cuanto a la aplicación de la pena (artículo 45 al 51), el Código de 1991 consagró criterios para la individualización de la pena que considerasen tanto el reproche de culpabilidad que podría efectuarse respecto al actor del delito como el que podría formularse contra el Estado y la sociedad, en la cual éste se forma (carencias sociales, cultura y costumbre), sin dejar de lado, la dimensión de la conducta típica y del bien jurídico afectado. Ello reconoce un “principio de co-culpabilidad” de la sociedad en el delito, como fenómeno social producto de las desigualdades sociales. Amén de una aceptación de responsabilidad parcial por parte del Estado y de la sociedad, que tiene como efecto enervar el derecho castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. De modo que, como reza la Exposición de Motivos “la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social”¹⁹⁰.

4.9.4. Características

fórmula del “actuar en lugar de otro”, a fin de establecer la responsabilidad penal a título de autoría para los órganos de representación de la persona jurídica.

190 A diferencia de su antecesor, estableció que el plazo de detención preventiva sea compurgada obligatoriamente a la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. En lo que respecta a las conversiones de la pena privativa de libertad (artículo 52 al 26), otorgó, bajo determinados supuestos, la posibilidad al juzgador de convertirla por otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. En lo relacionado a la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57 al 61), configuró como requisito cuantitativo que la sanción impuesta no sea superior a 4 años y a diferencia del Código anterior fijó las reglas de conducta a imponerse. La reserva del fallo condenatorio (artículo 62 al 67) consistió en una innovación dando la posibilidad al juzgador de no dictar la parte resolutive de la sentencia, cuando se verifiquen determinados casos previstos legalmente y las reglas a imponerse. El Código de 1991 consagró la exención de pena (artículo 68) cuando la pena privativa de libertad no supere los 02 años o cuando la pena sea limitativa de derechos o multa, y consagró la rehabilitación (artículo 69 al 70) automática con el efecto de cancelar las anotaciones o registros relativos a la condena que se impuso, lo que importa guardar absoluto silencio respecto a los antecedentes policiales, judiciales y penales. En el Título IV “De las medidas de seguridad” (artículo 71 al 77) se incluyó solo dos clases de medidas de seguridad: la internación y el tratamiento ambulatorio. Lo cual constituye una notoria diferencia respecto a la amplia gama de medidas de seguridad establecidas en el “Código Maúrtua”. En el Título V “Extinción de la acción penal y de la pena” (artículo 78 al 91) destaca la prescripción resaltando el reconocimiento del derecho que tiene el procesado para renunciar a la prescripción de la acción penal. En el Título VI “De la reparación civil y consecuencias accesorias” (artículo 92 al 105), en dos capítulos se exponen respectivamente las reglas de la reparación civil (Artículo 92 al 101), así como, las consecuencias accesorias a la pena (artículo 102 al 105), siendo éstas últimas una novedad destinada a ser aplicadas a las personas jurídicas a través de su organización hayan favorecido u ocultado la comisión de hechos delictivos, tales como, clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, y suspensión o prohibición de actividades.

La influencia del Código Penal de 1991 procede principalmente del Código Penal alemán, del Código Penal español, del Código Penal Tipo para Latinoamérica, así como del Código Penal colombiano de 1980¹⁹¹. La Exposición de Motivos señala expresamente que la regulación de la omisión impropia encuentra su fuente en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966 (parágrafo 12) y el Código Penal de Alemania Occidental de 1975 (parágrafo 13), al precisarse que el omitente del impedimento jurídico de un hecho punible será sancionado cuando tenga una posición de garante o un deber de injerencia, siempre que la omisión corresponda al tipo penal de una comisión activa. Igualmente, ésta aclara que la clasificación de error de tipo y error de prohibición fue tomada del Derecho penal alemán, en particular del Proyecto de 1962 (parágrafo 20; inciso 2), Proyecto Alternativo (parágrafo 19; inciso 1), y en el vigente Código Penal de Alemania Occidental (parágrafo 16, inciso 1), reconociendo que la misma ha trascendido al Proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica (artículo 27)¹⁹². Las forma de autoría –directa, mediata y coautoría– y la instigación tienen sus fuentes en el parágrafo 27 y parágrafo 28, inciso 1 del Proyecto Alternativo alemán de 1966, respectivamente¹⁹³. Mientras que atribuye al Código Penal español (artículo 15 bis adicionado por la Ley Orgánica N° 8/ 1983) y al Proyecto del Anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983 (artículo 31) el origen de la fórmula del actuar en el lugar de otro, prevista en el artículo 27, para atribuir responsabilidad penal a las personas físicas que integran los órganos de administración de la persona jurídica.

En ese sentido, HURTADO POZO, comentando la Exposición de Motivos del Código Penal, en particular en la parte que ésta refiere encontrar en el avance de las ciencias penales una de las principales justificaciones de la reforma, señala que “en lo que piensan los reformadores es en los estudios dogmáticos y de campo efectuados en el extranjero y, sobre todo, en Alemania”, aunque dicho autor añade que, “la adopción del Código de 1991 no constituyó el abandono del modelo suizo que inspiró al legislador de 1924”¹⁹⁴. No hay tampoco que obviar que entre el Derecho penal alemán y el Derecho penal suizo existen diversas similitudes dado su común origen.

191 En tal sentido, ROY FREYRE afirma que el artículo 80 del Código Penal de 1991 que establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito tiene su fuente mediata en el artículo 80 del Código Penal colombiano de 1980. ROY FREYRE, Luis. E. Estudio Preliminar del Código Penal; en: PAREDES PÉREZ, Jorge Martín, Para conocer el Código Penal, Ed. Grijley, Lima, 1995, p. XIII.

192 La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 refiere que, “en verdad”, la atenuación obligatoria de la pena en los casos de error de prohibición “sigue la propuesta del Anteproyecto del nuevo Código Penal español de 1983 (artículo 17, inciso 3)”.

193 “Siguiendo la doctrina alemana, debemos entender que la autoría mediata se presenta: cuando el agente actúa desde atrás y utilizando en la ejecución de su plan a un hombre que obra por error, o cuando el sujeto activo se vale del dominio coactivo que tiene sobre la voluntad de otra persona para realizar el delito, o cuando el agente maneja un aparato de poder que convierte a otro hombre en el ejecutor de sus decisiones delictivas. Téngase presente que las formas de autoría mediata se diferencian de la instigación en que el agente cuenta con el dominio de la conducta típica, lo que no ocurre en la mencionada participación stricto sensu”. ROY FREYRE, Luis. E. Estudio Preliminar del Código Penal, Op. cit., p. XI.

194 “No extraña, en consecuencia, que los autores de los diferentes proyectos hayan adoptado por diversos criterios: desde el tecnicismo jurídico inspirado por el Código Penal Tipo en los primeros proyectos, hasta la recepción, en los proyectos finales, de disposiciones de múltiples códigos y proyectos, tanto europeos como latinoamericanos. La tendencia ha sido la de siempre: importar las disposiciones legales foráneas estimadas como las más modernas, apreciación hecha sobre la base del simple texto y sin analizar los resultados obtenidos por su aplicación en el país de origen. Esto es, en particular, crítico en la recepción de las normas de los Códigos de Brasil y de Portugal referentes al sistema de penas, sin un conocimiento cabal de las legislaciones de estos países ni de su funcionamiento concreto”. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Op. cit., p. 128-129.

En cuanto al “Título Preliminar” nos percatamos que se destina a catalogar las normas rectoras, es decir, aquellos principios de enunciado preciso, pero de contenido general, que establecen los límites auto-impuestos por el Estado en su ejercicio del *ius puniendi* y que no pueden ser sobrepasados sin vulnerar la libertad individual de los ciudadanos (abuso del derecho a castigar). La pena, en lo que respecta a su determinación legal y su aplicación judicial, así como en lo concerniente a su justificación y funciones “preventiva, protectora y resocializadora” constituyen el tema de su principal preocupación. Al respecto sea suficiente señalar que, de la decena de dispositivos que forman este Título, se legisla en nueve artículos sobre fundamentales facetas de sanción¹⁹⁵. La regulación de un Título Preliminar conteniendo los principios garantistas del *ius puniendi* es una innovación del Código Penal de 1991.

En ese orden de ideas, la principal característica del Código Penal de 1991 consiste en adscribirse a la corriente del Derecho penal humanista. Prueba de ello es el rechazo rotundo a las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, que fueron recogidas por los códigos punitivos nacionales que lo precedieron denominándolas “formas aberrantes de castigar”. El Código penal de 1991 tiene un marcado carácter garantista que sigue el sendero trazado por la Constitución de 1979, cuyo antecedente se encuentra en la Constitución de 1933, en donde los derechos fundamentales de la persona humana marcan las pautas de los modelos de legislación penal –y procesal penal-, así como, el sistema de persecución del delito que debe imperar en nuestro país como Estado social y democrático de Derecho, consagrando límites claros y concretos a cualquier manifestación de la actividad punitiva. Con razón se ha dicho que, el Código Penal de 1991 se construyó bajo una concepción democrática del *ius puniendi*, de reducir la violencia institucionalizada a un mínimo de racionalidad, en cuanto a la inclusión de filtros de selección, para la clasificación de la conducta merecedora y necesitada de pena¹⁹⁶.

4.10. Contexto Internacional

El Perú republicano se incardina en el mapa del mundo en un contexto de grandes y aceleradas transformaciones técnicas, ideológicas y jurídicas¹⁹⁷. La llegada del siglo XIX trajo consigo la emancipación de la América española e inglesa, la Guerra Franco-Prusiana, la Guerra del Pacífico, entre otros acontecimientos, que marcaron el inicio de la construcción del Estado liberal y el desarrollo de los nacionalismos. Entrado el Siglo XX, la I y II Guerra Mundial, conmovieron a la humanidad con la destrucción y muerte que ellas conllevaron, en particular, esta última, en donde

195 ROY FREYRE, Luis. E. Estudio Preliminar del Código Penal, Op. cit. p. IX. El mismo autor es sumamente crítico respecto al vertiginoso proceso de endurecimiento que ha sufrido el Código Penal de 1991, a través de su prematura y constante reforma. Ibid. p. VII y ss. Igualmente, CARO CORIA, Dino Carlos, Código Penal. Legislación complementaria sistematizada, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 5 y ss; PARODI REMÓN, Carlos Augusto, Informe sobre la nueva legislación penal del Perú, en: XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México DF. 1993. p. 491-492.

196 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte General, Ed. Rodhas, Lima, 2007, p. 13.

197 Los siglos anteriores, aunque sin la velocidad de los siglos y XIX y XX, no habían sido ajenos a la construcción de principios limitadores del poder de sanción del Estado. El desarrollo jurídico conseguido para el establecimiento de principios limitadores del *ius puniendi* fue iniciado con la Carta Magna leonesa de Alfonso IX en las Cortes de León (1188) y la Carta Magna inglesa (1215), habiendo llegado a su punto más alto gracias a la Revolución Francesa, que significó en esta materia la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuyo efecto a nivel jurídico penal se plasmó en el Code Penal de Napoleón (1810), que tuvo una impresionante expansión, en virtud del fenómeno de la codificación, como por ejemplo, ocurrió en todos los códigos penales de Iberoamérica. Vid supra 2.4. y 3.4.

apareció el Holocausto y “lo monstruoso”, lo cual, en palabras de Günther ANDERS, se llama: “1) A que haya habido una aniquilación institucional e industrial de seres humanos; de millones de seres humanos. 2) A que haya habido dirigentes y ejecutores de estos actos: Eichmann¹⁹⁸ serviles (hombres que aceptaron estos trabajos como cualesquiera otros y que se excusaron apelando a las órdenes recibidas y a la lealtad”¹⁹⁹. Lo cual determinó a la comunidad internacional y al trabajo de sus intelectuales²⁰⁰ a que de una vez por todas, se plasmen instrumentos jurídicos reales de tutela a los derechos fundamentales de la persona humana.

198 El caso de Adolf Eichmann (1906-1962) es bastante conocido desde la perspectiva del Derecho penal por dos razones principalmente. El interés del Derecho penal internacional en determinar competencias a jurisdicciones internacionales a fin de castigar crímenes de lesa humanidad, entre otros aspectos relacionados a esta rama, así como, por el interés de la propia dogmática penal, en exponer situaciones de autoría mediata por dominio de la organización. Durante el Tercer Reich alemán, Eichmann, llegó a ocupar el cargo de Sturmbannführer de las SS. Su función y experiencia lo llevó a participar de la “Conferencia de Wannsee”, en la cual se lanzó la llamada “solución final” al “problema judío”. La misma que determinó el exterminio sistemático de seis millones de judíos europeos. En el Holocausto, la intervención central de Eichmann fue estar a cargo del la logística de los trenes que conducían a los judíos hacia los campos de exterminio. Al finalizar la guerra, logró huir a la Argentina, en donde, recién en 1960, fue capturado por el Mosad israelí y llevado a juicio en Jerusalén, Israel. En diciembre de 1961 fue declarado culpable de crímenes contra el pueblo judío y condenado a muerte. En la sentencia, el Tribunal resaltó que la distancia entre el agente y las víctimas no atenúa la responsabilidad. “Todo lo contrario el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que maneja los instrumentos fatales con sus propias manos”. Eichmann fue colgado en junio de 1962.

199 ANDERS, Günther. Nosotros, los hijos de Eichmann. Carta abierta a Klaus Eichmann, Ed. Paidós, Barcelona, 2001, p. 23. Para una revisión profunda sobre la automatización por la ideología y la técnica en el Tercer Reich Vid. ARENDT, Hannah. Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen, Piper Verlag, München, 1964.

200 SCHOPENHAUER, Arthur (1788-1860), El mundo como voluntad y representación, Ed. Trotta, Madrid, 2003; Metafísica de las costumbres, Ed. Trotta, Madrid, 2001; DE TOCQUEVILLE, Alexis (1805-1859), El Antiguo Régimen y la Revolución / Alexis de Tocqueville, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004; La democracia en América / Intr. de Enrique González P.; Notas y Bibliografía de J.P. Mayer, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1996; SPENCER, Herbert (1820-1903), Demasiadas leyes, Ed. Tor, Buenos Aires, 1943; De las leyes en general, Ed. V. Tordesillas, Madrid, 1909. STUART MILL, John (1806-1873), Sobre la libertad, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2003; El utilitarismo, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1984; PARETO, Wilfredo (1848 - 1923), Forma y equilibrio sociales: extracto del tratado de sociología general, Ed. Alianza, Madrid, 1980; Traité de sociologie générale, Ed. Libr. Payot, Lausanne, Paris, 1917. CASSIRER, Ernst (1874 - 1945), Filosofía de la Ilustración, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1975, Las ciencias de la cultura, Ed. FCE, México, D.F., 2005; Filosofía de las formas simbólicas, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998; El mito del estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1968; HUSSERL, Edmund (1859-1938), Untersuchungen zur urteilstheorie, Ed. Springer, Dordrecht, 2009; Die Lebenswelt, Ed. Springer, Dordrecht, 2008; La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008; Späte Texte über Zeitkonstitution, Ed. Springer, Dordrecht, 2006; Wahrnehmung und Aufmerksamkeit, Ed. Springer, Dordrecht, 2004; Transzendentaler idealismus, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2003; Logische untersuchngen ergänzungsband, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002; Zur phänomenologischen reduction, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002; Natur und geist, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002; POPPER, Karl (1902-1994), Sociedad abierta, universo abierto, Ed. Tecnos, Madrid, 2008; Escritos selectos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1995; La sociedad abierta y sus enemigos, Ed. Planeta - Agostini, Barcelona, 1991; LUHMANN, Niklas (1927-1998), Rechtssoziologie, Ed. VS, Verl. für Sozialwiss, Wiesbaden, 2008; Teoría de sistemas y derecho penal : fundamentos y posibilidad de aplicación, Ed. ARA, Lima, 2007; Sistemas sociales: lineamientos para una teoría, Ed. Anthropos, Barcelona, 1998; / Observaciones de la modernidad : racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, Ed. Paidós, Barcelona, 1997; Confianza, Ed. Anthropos ; México: Universidad Iberoamericana, Barcelona, 1996; Poder / Introduccion Dario Rodríguez Mansilla, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995; Social systems / foreword by Eva M. Knodt, Ed. Stanford University Press, Stanford, CA, 1995; Das Recht der Gesellschaft, Ed.: Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995; Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, Ed. Paidós, Barcelona, 1990; HABERMAS, Jürgen (1929), Ay, Europa: pequeños escritos políticos XI, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008; Teoría y praxis: estudios de filosofía social, Ed. Tecnos, Madrid, 2008; El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X, Ed. Trotta, Madrid, 2006; Tiempo de transiciones, Ed. Trotta, Madrid, 2004; La ética del discurso y la cuestión de la verdad, Ed. Paidós, Barcelona, 2003; El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común, Ed. Katz, Buenos Aires, 2003; Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Ed. Trotta, Madrid, 2001; La constelación posnacional: Ensayos políticos, Ed. Paidós, Barcelona, 2000; La inclusión del otro: estudios de teoría política, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1999; Fragmentos filosófico-teológicos : de la impresión sensible a la expresión simbólica, Ed. Trotta, Madrid, 1999; Más allá del estado nacional, Ed. Trotta, Madrid, 1998; Teoría de la acción comunicativa : complementos y estudios previos, Ed. Cátedra, Madrid, 1997; Between facts and norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Ed. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1996; Der

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos surge como nueva rama del Derecho Internacional, esencialmente después de la Segunda Guerra Mundial, destinado a establecer una suerte de orden público entre los Estados, en beneficio de las persona humana²⁰¹. Hoy una identificación de los derechos humanos es imposible sin considerar esta dimensión internacional con la que se presentan. Se trata de un proceso apenas iniciado y que se sitúa también en un ámbito jurídico, el de la Comunidad internacional, que carece de un poder político que garantice la validez y la eficacia de ese ordenamiento y que se encuentra en una situación similar a la formación del Estado en el mundo moderno. Tiene una vida corta que arranca de este siglo, y principalmente de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial²⁰².

En ese sentido, el 10 de diciembre de 1948, en París, la Asamblea General de la recientemente formada Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Resolución 217 A (III), acordó consagrar en una declaración facultativa un conjunto de normas, principios y garantía que protegieran aquellos derechos básicos, inalienables e irrenunciables a cualquier o hombre o mujer por su condición humana, frente a cualquier tipo de abuso, en particular procedente de los poderes públicos. No obstante ello, O'DONNEL remarca que, si bien es correcta la distinción hermenéutica entre los tratados como instrumentos obligatorios y las declaraciones como no obligatorias, las grandes Declaraciones de 1948, aunque no fueron considerada vinculantes en la época de su promulgación, han adquirido ese carácter con el correr de los años, porque los Estados paulatinamente han pasado a atribuirles esa calidad²⁰³. Podemos afirmar incluso, que, en cierta forma, la jerarquía usual entre las declaraciones y los tratados ha invertido en el caso de los grandes instrumentos de derechos humanos aplicables en nuestro hemisferio, pues las grandes Declaraciones de 1948, en vez de carecer de obligatoriedad, son de fundamental importancia al ser vinculantes para todo país del continente²⁰⁴.

En cuanto a los principios limitadores del *ius puniendi* se aprecia que el principio de finalidad preventivo-protectora de la pena no se encuentra específicamente señalada

philosophische Diskurs der Moderne : Zwölf Vorlesungen, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988; la logica de las ciencias sociales, Ed. Tecnos, Madrid, 1988; Moralbewußtsein und Kommunikatives Handeln, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983; Knowledge and human interests, Ed. Beacon Press, Boston, 1972; Technik und Wissenschaft als 'Ideologie, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968, entre otros.

201 O'DONNEL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 16.

202 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general; en: ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. Los derechos humanos y su protección constitucional, materiales de enseñanza, Universidad de Castilla-La Mancha, cursos de postgrado en Derecho, Toledo, 2002, p. 150.

203 La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 adquiere rango constitucional en varios Estados: Artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina de 1994 establece: " La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; (...); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)" El Artículo 10, apartado 2, de la Constitución Española de 1978 señala: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España" Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha manifestado su respaldo al carácter vinculante de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al señalar: "La Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y (...) no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental (STC 78/1982, FJ 4.º) en: RUBIO LORRENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial), Ed. Ariel, SA, Barcelona, 1995, p. 78

204 O'DONNEL, Daniel, Op. cit., p. 16.

en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Sin embargo, esta se desprende de diversos dispositivos contenidos en ella, entre los cuales destacan el tercer considerando del Preámbulo que refiere que los derechos humanos deben ser protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. De otro lado, el principio de ejecución legal de la pena se desprende en parte y de modo indirecto del enunciado del artículo 5 de dicho instrumento internacional, que enuncia: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

El principio de garantía jurisdiccional y debido proceso se encuentran regulados en el artículo 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los cuales respectivamente se refiere: “nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (9) y: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (10). Finalmente, en cuanto a los principios controladores del poder de sanción del Estado, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 11.1., que sanciona: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”²⁰⁵.

Después de la promulgación de las grandes Declaraciones de 1948, los órganos competentes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA) iniciaron la elaboración de los tratados destinados a consagrar en forma global los derechos y libertades fundamentales. Existían básicamente tres motivos para la promulgación de dichos tratados, que en cierta forma podemos considerar una “segunda generación” de instrumentos de derechos humanos. En primer lugar, existía el propósito de establecer normas vinculantes, objetivo que iba perdiendo relevancia en la medida que las Declaraciones de 1948 eran asimiladas al cuerpo de normas del Derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, la elaboración del Pacto Internacional y de la Convención Americana se debe al reconocimiento de la necesidad de crear mecanismos más eficaces para la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que no podían tener otro carácter que facultativo, sobre todo en aquella época. En tercer lugar, se estimó necesario definir en forma concreta el contenido de los derechos ya reconocidos, así como su alcance y sus limitaciones²⁰⁶.

205 La Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra otros principios limitadores del ius puniendi, tales como, el principio de presunción de inocencia. El mismo que se encuentra consagrado en el artículo 11.1, que menciona: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”

206 O'DONNEL, Daniel, Op. cit., p. 16. El Preámbulo mismo de la Convención Americana reconoce este vínculo entre las Declaraciones de 1948 y los instrumentos posteriores, proclamando que los derechos esenciales consagrados en la Declaración Universal y la Declaración Americana “han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional (párr. 3). Este tercer objetivo revela la doble naturaleza del Pacto Internacional y de la Convención Americana. En cuanto tratados, estos dos instrumentos son obligatorios integralmente sólo para los Estados Partes, pero también sirven de fuente de interpretación de los derechos reconocidos de forma genérica en la Declaración Universal y en la Declaración Americana, es decir, las obligaciones de los países según el Derecho Internacional consuetudinario. Ibid., p. 16-17.

En ese sentido, el 16 de diciembre de 1966, en Nueva York, la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 2200A (XXI), aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁷ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰⁸, como tratados internacionales sobre derechos humanos, que son también conocidos como los Pactos de Nueva York. El primer de ellos, entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y, el segundo, el 3 de enero de 1976. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, junto con el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus respectivos protocolos facultativos, conforman la "Carta Internacional de los Derechos Humanos".

De los Pactos de Nueva York, por su materia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se ocupa de los principios limitadores del poder de sanción del Estado. En ese sentido, el principio de ejecución legal de la pena se desprende de modo indirecto del artículo 7 del Pacto, que establece: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos". Por su parte, el principio de finalidad resocializadora de la pena se encuentra previsto en el artículo 10; 3., que dispone: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica". El mismo que se reitera en el artículo 14; 4 que establece: "En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social".

El principio de legalidad se encuentra previsto en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sanciona: "1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad

207 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comprende la protección y promoción de los derechos humanos relacionados con la libertad de circulación, la igualdad ante la ley, el derecho a un juicio imparcial y la presunción de inocencia, a la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión, derecho de reunión pacífica, libertad de asociación y de participación en la vida pública, en las elecciones y la protección de los derechos de las minorías, prohíbe la privación arbitraria de la vida, las torturas y los tratos o penas crueles o degradantes, la esclavitud o el trabajo forzado, el arresto o detención arbitrarios y la injerencia arbitraria en la vida privada, la propaganda bélica y la instigación al odio racial o religioso. Este Pacto cuenta además con el "Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", del 16 de diciembre de 1966, mediante el cual se faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. También cuenta con el "Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte", del 15 de diciembre de 1989.

208 Los derechos humanos que protege y promueve el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se divide en tres tipos: (i) El derecho al trabajo en condiciones justas y favorables; (ii) El derecho a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado y a los niveles más altos posibles de bienestar físico y mental; (iii) El derecho a la educación y el disfrute de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico. Para este Pacto, a su vez, se ha aprobado el "Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", el 10 de diciembre de 2008 –el mismo que el día de hoy se encuentra abierto a votación desde el 24 de septiembre de 2009 y entrará en vigor cuando sea ratificado por 10 Estados miembros. Este Protocolo facultativo sigue la línea trazada para los casos de los derechos civiles y políticos, dado que otorga competencias al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer denuncias de individuos que aleguen ser víctimas de una violación de cualquier de los derechos enunciados en el Pacto. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea]. Disponible en: <http://www.ohchr.org> [citado en 10 de enero de 2011]

a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”. El principio de legalidad, aunque de modo general, ya se presentaba en el artículo 9; 1) que establece: “(...) Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley (...).

De igual modo, los principios de garantía jurisdiccional y debido proceso se encuentran consagrados en los artículos 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipulan respectivamente: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...) (artículo 9; 3)” y “ Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)” (artículo 14; 1). Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recoge otros principios garantistas de carácter penal, entre los cuales, destacan el principio de no prisión por deudas (artículo 11); derecho de defensa (artículo 14; 3; a-g); presunción de inocencia (artículo 14; 2); plazo razonable a ser juzgado (artículo 14; 3.c); pluralidad de instancias (artículo 14; 5); *non bis in idem* (artículo 14; 7); etc.

De otro lado, el 22 de noviembre de 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos se adoptó como tratado internacional la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, la misma que entró en vigencia el 18 de julio de 1978²⁰⁹. La propia Convención asegura su cumplimiento por parte de los Estados, mediante el establecimiento de órganos internacionales con competencia sobre la materia que regula: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹⁰.

En cuanto, a la regulación de los principios limitadores del poder de sanción del Estado se observa que el principio de ejecución legal de la pena se desprende de lo previsto en el artículo 5; 2 del Pacto de San José, que prevé: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” Por su parte, el principio de culpabilidad se encuentra recogido en el artículo 5; 3 de la Convención que establece: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente”. La consagración del principio de resocialización de la pena se observa en el artículo 5; 6 del Pacto de San José, que señala: “Las penas privativas

209 La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido complementada mediante dos Protocolos Protocolo de carácter facultativo: El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocido como Protocolo de San Salvador, de 1988 y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990.

210 Convención Americana sobre Derechos Humanos Parte II –Medios de la Protección. Capítulo VI. De los Órganos Competentes. Artículo 33. “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Asimismo, el principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sanciona: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”. Igualmente, el principio de garantía jurisdiccional y debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 8 del Pacto de San José, que dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” Finalmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra otros principios limitadores del *ius puniendi*, así como una gran gama de derechos fundamentales, entre los cuales destacan, el derecho de defensa (artículo 8; 2 a-g); presunción de inocencia (artículo 8; 2; pluralidad de instancias (artículo 8; 2; h); non bis in idem (artículo 8; 4); publicidad del proceso penal (artículo 8; 5), no prisión por deudas (artículo 7, 7), plazo razonable (artículo 7;5), entre otros.

5. CONCLUSIONES

1. En las culturas pre-incas e inca no existió algún principio garantista limitador del poder de sanción depositado en el soberano o inca. El carácter de divinidad de éste último impedía establecer límites a sus potestades, incluso las correspondientes a la sanción. El Inca o Jefe de Estado era considerado como un dios, de manera que las normas que dictaba tenían el alcance de un precepto sagrado.
2. La carencia de principios garantistas en la época pre-colombina queda demostrada de modo fehaciente con el recurso a los denominados “juicios de dios” u ordalías. La existencia del principio de legalidad, la prohibición de la analogía de la ley penal para crear delitos o penas o circunstancias agravantes, el principio de garantía jurisdiccional y el principio de legalidad en la ejecución de la pena de plano resultan impensables, ya que en este periodo la escritura fue desconocida por las culturas precolombinas. Las penas fueron manifiestamente crueles e inhumanas, con el sólo fin de la retribución.
3. El mundo occidental del medioevo encuentra valiosos antecedentes en la elaboración de principios garantistas limitadores al *ius puniendi*. La Carta Magna leonesa de Alfonso IX en las Cortes de León (1188), consagró el juicio legal de los pares como garantía ciudadana, aunque el más emblemático antecedente por su claridad se encuentra en el artículo 38 de la Charta Magna inglesa (1215), según la cual: “Ningún hombre será detenido, preso o desposeído, o proscripto, o muerto en forma alguna; ni podrá ser

condenado, ni podrá ser sometido a prisión, sino es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país”, el mismo que se plasmaría posteriormente en la Constitutio Criminalis Carolina (1532).

4. En la época del Perú Colonia, en el Derecho indiano se presentaron significativos progresos relacionados a la postulación de principios limitadores del *ius puniendi*. La prédica cristiana aparece la noción de “persona” y el individuo se convierte en “portador de valores eternos”, en poseedor de “un alma capaz de salvarse o condenarse como resultado de su libre albedrío”. No obstante, la legislación penal mantuvo, aunque en menor medida que el Incario, un carácter cruel e inhumano. Por ejemplo, la Recopilación de Leyes de Indias (1680), Libro II, Título XVII, (ley 8) se prescribían “sentencias de muerte o mutilación de miembros, o penas corporales”.
5. La legislación indiana contuvo normas opacadas por un tinte claramente discriminador en desmedro de las otras castas no integrante de los blancos hispánicos. Por ejemplo, las Leyes Municipales del Cuzco otorgaron mayor valor a las declaraciones testificales de los hispanos, frente a la de los negros y mulatos. Los conquistadores españoles trajeron su Derecho y lo aplicaron y, de otro lado, la Corona dictó reglas, no siempre debidamente aplicadas, para regular la conquista y la colonización. Se trató de la imposición –mediante la fuerza y la destrucción- de un Derecho foráneo a los pueblos conquistados.
6. En el mundo occidental, la Filosofía de la Ilustración florecida durante el Siglo XVIII desembocó en materia penal en el Derecho penal de la Ilustración. Las Constituciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776), y la de Maryland (1776), proscribieron las leyes retroactivas o ex post facto para el establecimiento de delitos o penas. La legislación de Pedro Leopoldo de Toscana (1786), la *Josephina* (1787) o Código Penal austriaco, al igual que la Codificación General para los Estados prusianos (1794), reprodujeron las máximas de la Charta Magna inglesa, hasta desembocar en la más importante de todas estas declaraciones garantistas: La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). La misma consagra como “naturales, imprescriptibles e inalienables”, los derechos fundamentales y contiene principios garantistas procesales (artículos 7) y materiales (artículo 8 y 9), como los principios de legalidad, garantía jurisdiccional, presunción de inocencia, etc., pasando éstos a las constituciones francesas de 1791 y, finalmente, a Code Pénal Napoleón de 1810, que extendería sus efectos por todo el orbe gracias al fenómeno de la “codificación”.
7. El Perú republicano tuvo en sus albores un marcado apego por la tradición hispánica hasta la promulgación de su propia Constitución y Códigos. En el ámbito penal, el “Proyecto Vidaurre” representa un gran avance en nuestra historia jurídica en cuanto al establecimiento de principios limitadores al *ius puniendi*. La influencia de la obra “*Scienza Della Legislazione*” de Gaetano Filangere, así como, las ideas de BECCARIA, Rousseau, Montesquieu, Grocio y Locke, desembocan en el pensamiento eminentemente laico, progresista y humanitario. El mismo proyecto reconoce que: “*el principal fin*

de la legislación será evitar los medios de que se cometan crímenes”, y “el fin de la pena es resarcir el mal causado y evitar el venidero” (finalidad preventivo-protectora de la pena). También consagra el principio de culpabilidad, proporcionalidad y *non bis in idem*, entre otras garantías. No obstante, éste no fue el único proyecto pre-legislativo que contemplo principios garantistas. El “Proyecto- Cornejo Jiménez” (1928) observa el establecimiento del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena, así como las bases del principio de lesividad, ambas, en el artículo 1 del “Proyecto Cornejo- Jiménez”, el mismo que declara que la ley penal tiene por objeto la defensa del orden social contra los actos o estados violatorios del Derecho, o que lo amenazaran, o ponen en peligro, aplicando penas o medidas de seguridad para tal fin. El principio de legalidad se ubica en los artículos 2 y 3, mientras que el principio *nulla poena sine iudicio* se contempla en el artículo 4.

8. Los principios garantistas limitadores del *ius puniendi* tuvieron gran acogida en los textos constitucionales del Perú republicano. El influjo del pensamiento del Derecho penal de la Ilustración y, en particular, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 influyeron de modo decisivo en la consagración de principios garantistas en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812, la Constitución Política de la República Peruana 1823, la Constitución Política del Perú 1826, la Constitución Política de la República Peruana 1828, la Constitución Política de la República Peruana 1834, la Constitución Política del Perú 1839, la Constitución de la República Peruana 1856, la Constitución Política del Perú 1860, la Constitución Política del Perú 1867 y la Constitución para la República del Perú de 1920.
9. El Código Penal de 1863 tuvo el gran logro de incorporar a nuestra legislación el imperio del principio de legalidad. En efecto, si bien es cierto que en el Código de 1863 la garantía “*nullum crimen sine lege*” no se consagra de modo expreso, pero el postulado de la misma está contenido de modo genérico en su artículo 1, que establece la definición del delito como “las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley”, mientras que el principio de legalidad en la ejecución de la pena y el principio “*nulla poena sine iudicio*”, fueron previstos en el artículo 66, de dicho cuerpo legal que proscribía ejecutar la pena de modo distinto al previsto para ello en la ley y exigía la previa expedición de una sentencia que haya causado estado para la imposición de la misma. Por su parte, el Código Penal de 1924 se ocupa de las “Garantías de la Ley Penal” en tres artículos: El artículo 1 contiene la garantías de la integridad física y moral del reo y también el principio “*nulla poena sine iudicio*”. En el artículo 2 y 3 se proclama expresamente el principio “*nullum crime, nulla poena sine lege*”. En los artículos siguientes se legisla sobre los principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio y en el tiempo (4-6 y 7-9, respectivamente).
10. El Código Penal de 1991 es producto de tres razones, una de carácter abstracto, consistente en la superación ocurrida en la dogmática penal, desde

la década de los setenta, respecto a las teorías y doctrinas expuestas entre inicios del siglo XX y la década del veinte, lo cual se hace extensivo a la política criminal, la criminología y la ciencia penitenciaria; la otra consideración, esta vez, de carácter pragmático, se manifiesta en la obsolescencia del sistema penal que aquellas habían construido hacía sesenta y siete años para hacer frente a la “nueva delincuencia” que había aparecido, producto del vertiginoso desarrollo tecnológico y social. La tercera razón se encuentra en la entrada en vigencia de la derogación de la Ley Fundamental de 1920 y la promulgación de las Cartas Constituciones de 1933 y 1979. El diseño constitucional del Estado social y democrático de Derecho marca los límites del Derecho penal.

11. El programa constitucional para la legislación penal se aprecia en la inserción de un Título Preliminar por separado contiendo principios garantistas en el Código Penal. Los principios garantistas reunidos en el Título Preliminar son: finalidad preventiva y protectora de la persona humana de la ley penal (artículo I); legalidad, según el cual la actividad punitiva del Estado debe tener apoyo pleno, claro y completo en la ley (artículo II); prohibición de la aplicación analógica de la ley penal (artículo III); principio de la lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos para la aplicación de las penas (artículo IV); garantía jurisdiccional, las sentencias no pueden ser dictadas más que por Juez competente (artículo V); garantía de ejecución, exige que la pena se cumpla en el modo previsto por la ley (artículo VI); responsabilidad penal como fundamento de la aplicación de la pena (artículo VII); proporcionalidad de la pena a la responsabilidad por el hecho y de la medida de seguridad a intereses públicos predominantes (artículo VIII); función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora de la pena, y los fines de curación, tutela y rehabilitación de las medidas de seguridad (artículo IX); aplicación de las normas generales del Código Penal a las leyes especiales (artículo X).
12. El Título Preliminar del Código Penal de 1991 reúne los principios limitadores del *ius puniendi*. Los mismos que en gran parte son fruto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que surge como nueva rama del Derecho Internacional, esencialmente después de la Segunda Guerra Mundial. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, y que regula el establecimiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

-----oOo-----

SEGUNDA PARTE

LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

§ 1. EL PROGRAMA CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

La principal característica del Estado social y democrático de Derecho radica en que su organización social se encuentra diseñada para garantizar al máximo posible los derechos fundamentales. Por ello, en materia punitiva, en todo Estado organizado bajo este modelo, se encuentran consagrados una serie de postulados garantistas que, como fruto de la evolución del pensamiento político y jurídico de los derechos fundamentales y del derecho represivo, son llamados “principios limitadores del *ius puniendi*”.

Hay que recordar que el poder de sanción estatal en un régimen social y democrático de Derecho no es absoluto, sino limitado. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen²¹¹.

El diseño de un Estado democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, a toda potestad sancionatoria en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización²¹².

Sin embargo, como lo ha dicho Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “el problema de los límites del *ius puniendi* preocupa, y preocupa con razón, porque el Estado social de nuestro tiempo tiene una declarada vocación intervencionista. Y sobre todo, porque la intervención penal es, siempre, una intervención traumática, dolorosa, restrictiva, con elevadísimos ‘costes sociales’. Durante mucho tiempo preocupó ‘fundamentar’ –legitimar– la intervención penal: hoy interesa, sobre todo, someter la misma a límites claros y efectivos”²¹³.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

El Título Preliminar del Código Penal de 1991 establece a nivel legislativo los principios limitadores del *ius puniendi* consagrando los siguientes principios y garantías:

Artículo I. Principio de finalidad de protección preventiva de la ley penal
“Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”

Artículo II. Principio de legalidad
“Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Artículo III. Principio de prohibición de la Analogía

211 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley, Lima, 2006, p. 88.

212 Sexto considerando del Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, adoptado en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia, publicado en el Peruano el 29.12.2006.

213 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 358.

“No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Artículo IV. Principio de Lesividad

“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Artículo V. Principio de Garantía Jurisdiccional

“Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”.

Artículo VI. Principio de Legalidad en la Ejecución Penal

“No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

Artículo VII. Principio de Culpabilidad

“La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Artículo VIII. Principio de Proporcionalidad

“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”.

Artículo IX. Principios de Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

“La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

Artículo X.-Principio de Extensión

“Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”.

III. FUENTE CONSTITUCIONAL

El origen de los principios limitadores del *ius puniendi* se encuentra en la Constitución Política del Estado. El Tribunal Constitucional, en pleno jurisdiccional, en la sentencia recaída sobre el Expediente 0012-2006-PI/TC, publicada el 20 de diciembre de 2006, abordó extensamente el tema referido a la potestad sancionatoria del Estado, considerando que la Constitución de 1993, ha establecido determinadas exigencias a la actividad punitiva estatal, tanto de orden material como procesal. El máximo intérprete de la Constitución ha manifestado que la *constitucionalización del sistema punitivo* y los límites al legislador penal se manifiestan en los siguientes principios y garantías:

Los principios y garantías materiales:

a) *El principio de legalidad penal* (artículo 2, inciso 24, apartado "d"); b) *el principio de culpabilidad*, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3 y 43), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1)

y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1); c) *el principio de proporcionalidad* (último párrafo del artículo 200); d) *el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos* (artículo 139 inciso 9); e) *la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales* (artículo 139 inciso 11); f) *el principio de no ser condenado en ausencia* (artículo 139 inciso 12); g) *el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley* (artículo 139 inciso 8); h) *el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo* (artículo 103); y i) *el principio de presunción de inocencia*, como derecho a que toda persona sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2, inciso 24 apartado "e") *entre otras*.

Los principios y garantías procesales

a) *El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva* (artículo 139 inciso 3); b) *la publicidad de los procesos* (artículo 139 inciso 4); c) *el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias* (139 inciso 5); d) *el derecho a la pluralidad de la instancia* (artículo 139 inciso 6); e) *el principio de la cosa juzgada y su extensión a la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción* (artículo 139 inciso 13); f) *el derecho de defensa* (artículo 139 inciso 14); g) *el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención* (artículo 139 inciso 15); *entre otras*, identificadas por el Tribunal Constitucional, como principios y garantías independientes o insertas en las anteriormente mencionadas, tales como: a) *el derecho a un juez independiente e imparcial*; b) *el derecho al libre acceso a la jurisdicción*; c) *el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva*; d) *el derecho a la prueba*; e) *el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas*; f) *el principio non bis in idem*; g) *el principio de igualdad procesal de las partes*; h) *el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales*; *entre otras garantías*.

En ese orden de ideas, el Preámbulo de la Constitución de 1979 fundamentaba las razones de la promulgación del texto constitucional por parte de la Asamblea Constituyente de dicho año, así como la voluntad garantista que lo inspira a fin de encontrar en ella la línea directriz para la interpretación del mismo, en las siguientes palabras: “Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universales, anteriores y superiores al Estado”²¹⁴ y continuando en esta línea expresa: “Decididos asimismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos, la independencia y la unidad de la República; la dignidad creadora del trabajo; la participación de todos en el disfrute de la riqueza; la cancelación de subdesarrollo y la injusticia; el sometimiento de

214 Constitución Política del Estado de 1979. Artículo 105.- Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley; y la efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública”.

En la medida que los principios limitadores del *ius puniendi* encuentran su fuente en la Constitución Política del Estado, resultan indispensables para interpretar y aplicar todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico penal, procesal penal y de ejecución de la pena. Y de la misma manera, sus postulados resultan de obligatorio cumplimiento en todo el desarrollo de la labor punitiva del Estado, en la labor de *criminalización primaria*, esto es, aquella realizada por el legislador para evitar la comisión de delitos, y también, en la *criminalización secundaria*, nos referimos a aquella que es ejecutada de modo directo por los operadores del sistema, entidades policial, judicial y penitenciaria.

Es por ello que, el artículo 138 de la Constitución de 1993 establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”. Casi con el mismo tenor el artículo 232 de la Constitución de 1979 establecía, aunque con un innegable mayor garantismo: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo. Se ejerce por los juzgados y tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario, con las especialidades y garantías que corresponden y de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen”.

IV. CONCEPTO

Los principios limitadores del *ius puniendi* son el conjunto de postulados fundamentales que procuran someter la potestad punitiva del Estado al Derecho, con la finalidad de asegurar que la actividad de criminalización se lleve a cabo únicamente para proteger al individuo o a la sociedad y que la misma se practique respetando la dignidad de la persona humana. En palabras de Radbruch, estos postulados persiguen consolidar al menos un Derecho penal más humano, esto es únicamente de los hombres y para los hombres.

V. CONTENIDO

5.1. LOS ANTECEDENTES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL

El origen del Título Preliminar tiene un antecedente general y otro particular. A nivel general, ubica sus postulados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), la Declaración Universal de los Derechos Humanos -aprobada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1966) y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (1969). A nivel particular, la Declaración de Principios del Código Penal Tipo para Latinoamérica (1963), cuya influencia es notoria en el Código Penal colombiano (1980) y los Proyectos españoles (1982 y 1983), así como en el Código Penal peruano de 1991.

5.2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES AL *IUS PUNIENDI*

Si bien es cierto que el origen natural de los principios limitadores del *ius puniendi* es la Constitución del Estado, el Código Penal contiene, antes del Libro Primero o Parte General, un Título Preliminar donde se encuentra establecidos ciertos principios limitadores del control penal. La conveniencia de establecer estos importantes postulados a nivel legislativo radica en perfeccionar las formulas contenedoras de dichas garantías actualizándolas al ritmo evolutivo propio del desarrollo de la ciencia penal y de la experiencia jurídico penal, así como, seleccionar el repertorio de principios y garantías que servirán para unificar el ordenamiento jurídico penal. Los mismos que constituirán una herramienta interpretativa para el legislador y los órganos encargados de la persecución del delito y la administración de justicia, en particular, para los operadores jurídicos, a fin de que éstos decidan no aplicar las leyes que no se acomoden a los postulados contenidos en los principios limitadores del *ius puniendi*, de ese modo, aquellos se estatuyen como un escudo protector del individuo y la comunidad.

No obstante, la postura sobre la conveniencia de elaborar un Título Preliminar dentro de un Código Penal no ha sido, ni es, del todo pacífica. La mejor evidencia de esta polémica se aprecia en los debates suscitados en 1963, cuando los penalistas más importantes de Latinoamérica se encontraban congregados en la Primera Reunión Plenaria con motivo de la redacción de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, en Santiago, Chile, en donde se discutió durante varias sesiones la pregunta formulada por Novoa Monreal acerca de si se redactaría un Título Preliminar o no, en el texto del Código Penal Tipo. La existencia de “dos proposiciones bien claras: la del profesor Soler, cuya aprobación se traduciría en la redacción de un Título Preliminar; y la de quienes sostienen que los principios preliminares bien pueden incorporarse al capítulo de la ley penal, que trataría conjuntamente, de aquellos principios y de las normas que regulan a ésta” -como relata Frías Caballero- fue el objeto de debate durante la Primera Reunión Plenaria en Santiago de Chile²¹⁵.

La postura a favor de la elaboración de un Título Preliminar por separado dentro del Código Penal Tipo para Latinoamérica fue propuesta por Sebastian Soler. En efecto, durante la Sexta Sesión de la Primera Reunión Plenaria, el profesor Soler, con gran claridad manifestó el fundamento de su propuesta sosteniendo que: “Hay en Constituciones, incluso bien redactadas, defectos relacionados con la formulación de ciertos principios que, como el de reserva, no son propiamente penales, sino políticos, anteriores a la actividad punitiva del Estado y presupuestos de la misma. Es a estos principios a los que sea desea agrupar en un Título Preliminar”²¹⁶ y continua

215 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA: Secretariado Ejecutivo. Código Penal Para Latinoamérica, Parte General, T. II, V. I, Actas, materiales publicados bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolia, Subsecretario Ejecutivo, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1973, pp. pp. 25-26. Posteriormente, el profesor Frías observaría que, en realidad, “las dos proposiciones sobre las que inicialmente se debatía, se han desdoblado en tres: la del profesor Soler (Título Preliminar separado); la del profesor Laplaza (Título Preliminar y Ley Penal, conjuntamente); y la de profesor Hungría (Ley Penal)”, Ibid, p. 26.

216 “Ahora, en relación con el principio de reserva, le parece que el debe ser precisamente enunciado, mediante una formula que supere la de Feuerbach y la Declaración de los Derechos del Hombre, que a su juicio se han tornado absolutas. Desde que Beling enuncio el principio de

explicando que “al Título Preliminar deben incorporarse, además, otros principios. Por de pronto, se le ocurren los Sigüientes: a) El de reserva, en sus dos formas hoy independientes: no hay crimen sin tipicidad; no hay pena sin ley que la conmine; b) el de “*non bis in idem*” c) El de que nadie puede ser castigado sino en virtud de sentencia pronunciada en juicio seguido ante tribunal competente, y d) El de que no hay pena sin culpa”²¹⁷.

En cambio, la postura para que se redacte un solo título denominado de “Disposiciones Preliminares y la Ley Penal” fue propuesta por el profesor Laplaza. La misma fue adherida por Nelson Hungria, quien “no cree en la necesidad de un título preliminar”. Dicho autor sostiene que: “Todos los principios mencionados salvo quizás el de que no hay pena sin culpa, pertenecen a la regulación de la ley penal. Así pues, el capítulo relativo a la ley penal debe contener las siguientes materias: Principio de Reserva: Retroactividad de la ley más benigna; Irretroactividad de la ley más benigna; Irretroactividad de las demás leyes penales; Validez de la ley Penal en el tiempo y en el espacio; disciplina adecuada del concurso aparente de leyes penales, a fin de evitar que un hecho sea castigado dos veces en suma, no ve razón alguna para crear un Título Preliminar, ni para introducir mixturas en el epígrafe del título relativo a la Ley Penal”²¹⁸.

La propuesta de elaborar un Título Preliminar en el Código Penal Tipo no fue aceptada como tal, sino a modo de Preámbulo, como una Declaración de Principios. Sin embargo, ello, como hemos dicho al comenzar este apartado, ilustra con gran claridad la importancia de contemplar los principios limitadores del *ius puniendi* en un instrumento legislativo como el Código Penal. La incorporación de la Declaración de Principios creemos que estuvo fundamentada en el pensamiento preclaro de Soler, expresado en la Sexta Sesión –ya referida- y con mayor amplitud en la Séptima Sesión de la Primera Reunión Plenaria: “A su juicio, los principios a que nos estamos refiriendo son los principios que regulan la actividad punitiva del Estado. No son por cierto principios eternos e inmutables. Nacieron un día, y desde entonces, se han enriquecido de manera que es fácil advertir las limitaciones de su primitiva enunciación. Algunos de estos aportes son teóricos: así en el caso del principio de reserva, el que hace la teoría de la tipicidad de Beling. Otros surgen de la experiencia jurídico penal que ha mostrado la forma en que los dictadores, por ejemplo, violan el principio de reserva cuando quieren hacerlo no derogándolo, sino amparándose en los defectos de su enunciado primitivo (...) En este Título Preliminar, y en esa dirección, deberían consagrarse los principios que todos consideramos rectores de

tipicidad, es innegable la necesidad de tenerlo en cuenta, adoptando una formula más rica, más completa y expresiva, acordada al progreso de la técnica jurídica. Hay que adoptar una formula que al gobernante le señale que no basta, para castigar, una ley anterior, sino que esa ley debe reunir ciertos requisitos técnicos más complejos y, en su conjunto, garantizadoras de los derechos del individuo”. Ibid. 25..

217 Loc. cit.

218 Loc. cit. El tema fue arduamente debatido con autores importantes a favor como Soler, Heleno Claudio Frago, Etcheberry, Frías Caballero, entre otros, aunque con opositores tan significativos como Jiménez de Azua. En fin, incluso no faltaron autores como Martínez Lavalle, que consideraron que: “el principio de reserva, a su juicio debe estar contenido en una exposición de motivos; [pues] no es norma legislativa clara y precisa, sino una mera declaración programática, y un código no debe contener declaraciones programáticas”. Lo cual fue replicado por Frías Caballero, quien categóricamente expresa que: “El principio de reserva no es una mera especulación doctrinaria ni una pura disposición interpretativa sino un precepto positivo que orienta toda ley penal. Concluye inclinándose por la redacción del Título Preliminar”. Igualmente el profesor Soler, refirió que “ha de quedar muy en claro que no se está tratando aquí de principios vagos propios de una exposición de motivos, sino de principios que, a lo menos cumplen una clara función interpretativa y, en ciertos casos son definitiva e indudablemente declarativos de derechos”. Loc. cit.

nuestra actividad, en el estado a que ha llegado la cultura de la humanidad; y esos principios deben ser formulados conforme al desarrollo que adquirieron y a la perfección que alcanzaron”²¹⁹.

En Latinoamérica, en la actualidad, los Códigos Penales de Perú, Colombia, Paraguay, República Dominicana, Nicaragua, Uruguay, contienen un Título Preliminar de modo independiente, o sea, se sigue la regulación de “Título Preliminar por separado”. En cambio, los Códigos punitivos de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México (Código Penal Federal), Panamá y Venezuela, establecen, en algunos de ellos, dentro la Parte General un primer capítulo denominado normalmente “Disposiciones Generales”, en el cual incluyen un grupo de principios limitadores al *ius puniendi* (por ejemplo, como en nuestra realidad ocurría en el Código Penal de 1924), en algunos casos, como-sub-variante, aquellos principios se entremezclan con normas generales de aplicación de la ley penal (por ejemplo, la aplicación de la Ley Penal en el Espacio), el rasgo en común es que en ambos sea aprecia la regulación de “Título Preliminar y Ley Penal, conjuntamente”; en otros códigos, se aprecia la presencia de algunos de estos principios distribuidos en los diversos capítulos que conforman la Parte General, según la materia que los mismos desarrollen, de modo que, se advierte que cada principio ha sido incorporado al conjunto de preceptos en cuya aplicación incide: el de reserva, en el capítulo reservado a la aplicación de la ley penal; el de que no hay pena sin culpa, en el capítulo de la culpabilidad, etc. (por ejemplo, el Código Penal peruano de 1863), o sea, éstos siguen la opción de regular un único apartado de “Ley Penal”. Vale la pena señalar que, en la realidad jurídica europeo-continental, que más influye sobre el Derecho penal peruano, el Código penal español, sí contempla un Título Preliminar de modo independiente, mientras que el Código Penal alemán, sigue la opción de “Ley Penal”.

VI. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, el Estado social tiene una declarada vocación intervencionista contraria a los límites al *ius puniendi*. El carácter traumático de la intervención penal con elevadísimos costes sociales determina que resulte imperativo someter la misma a límites claros y efectivos reflejados en principios a favor de los derechos y garantías de la persona en relación al poder de sanción del Estado.

219 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA: Secretariado Ejecutivo. Código Penal Para Latinoamérica, Parte General, T. II, V. I, Actas, materiales publicados bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolia, Subsecretario Ejecutivo, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1973, pp. 25-29. Los principios que podrían agruparse dentro de un Título Preliminar en el Código Penal Tipo serían: “1) No hay delito sin ley previa; Todo lo que no esté legalmente tipificado como punible, de una manera precisa, es conducta impune. Las incriminaciones penales deben ser hechas por la ley mediante tipos que describan concretamente la conducta punible, en forma tal que la punibilidad o no punibilidad de hechos determinados aparezca debidamente precisa en el texto legal. Todo hecho no tipificado en el momento en que fue realizado, no puede ser penado en virtud de ley penal o precepto complementario que lo tipifique posteriormente o lo incluya en el tipo. 2) No puede imponerse penas que no haya previsto una ley anterior al hecho que juzga. 3) No pueden imponerse penas sin el debido proceso legal previo, sustanciado por el tribunal que este establecido con anterioridad al hecho. 4) No hay responsabilidad penal sin culpabilidad 5) Las medidas legales establecidas para reprimir o prevenir delitos solamente puede ser aplicadas a las personas que hayan realizado el hecho o tengan la calidad que la ley señala para su aplicación. 6) No puede aplicarse pena por un hecho que ya fue Juzgado ni condenarse un mismo hecho para derivar de él dos penas diversas o dos consecuencias penales desfavorables al reo”. p. 27-28.

2. El origen natural de los principios limitadores del *ius puniendi* es la Constitución del Estado. La misma que recoge dichos principios como fruto de la evolución del “Derecho penal de la Ilustración” iniciado durante el Siglo XVIII y del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
3. El Código Penal de 1991 contiene, antes del Libro Primero o Parte General, un Título Preliminar autónomo con ciertos principios limitadores del control penal. En Latinoamérica, en la actualidad, los códigos penales oscilan entre la regulación por separado de un Título Preliminar; o establecer dentro de la Parte General un primer capítulo denominado normalmente “Disposiciones Generales”, en el cual incluyen un grupo de principios limitadores al *ius puniendi*, o en algunos casos, como-sub-variante, estos principios se entremezclan con normas generales de aplicación de la ley penal, el rasgo en común es que en ambos sea aprecia la regulación de “Título Preliminar y Ley Penal, conjuntamente”; en otros códigos, se aprecia la presencia de algunos de estos principios distribuidos en los diversos capítulos que conforman la Parte General, según la materia que los mismos desarrollen.
4. La conveniencia de establecer principios limitadores del *ius puniendi* a nivel legislativo radica en perfeccionar las formulas contenedoras de dichas garantías actualizándolas al ritmo evolutivo propio del desarrollo de la ciencia penal y de la experiencia jurídico penal, así como, seleccionar el repertorio de principios y garantías que servirán para unificar el ordenamiento jurídico penal. El Título Preliminar del Código Penal constituye una herramienta interpretativa para el legislador y los órganos encargados de la persecución del delito y la administración de justicia, en particular, para los operadores jurídicos, a fin de que éstos decidan no aplicar las leyes que no se acomoden a los postulados contenidos en los principios limitadores del *ius puniendi*, de ese modo, aquellos se estatuyen como un escudo protector del individuo y la comunidad.
5. En la medida que los principios limitadores del *ius puniendi* encuentran su fuente en la Constitución Política del Estado, resultan indispensables para interpretar y aplicar todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico penal, procesal penal y de ejecución de la pena. Y de la misma manera, sus postulados resultan de obligatorio cumplimiento en todo el desarrollo de la labor punitiva del Estado, en la labor de criminalización primaria, y también, en la criminalización secundaria.

§ 2. EL PRINCIPIO DE FINALIDAD DE PROTECCIÓN PREVENTIVA DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN

El artículo I del Título Preliminar del Código Penal recoge una concepción moderna acerca de la función del Derecho penal. La doctrina actual considera que el Derecho penal tiene una función protectora que resulta “doble y paradójica” porque así como

protege al individuo y a la sociedad del delito (labor protectora), también protege al hombre de la intervención punitiva que realiza el Estado (labor garantista).

Así, se sostiene que el Derecho penal “es un Derecho protector, pero no sólo de la sociedad y del individuo frente al delito, sino asimismo de aquél frente al Estado, frente a la intervención punitiva del mismo, desempeñando una labor garantista. El Derecho penal tiene una doble y paradójica naturaleza”²²⁰.

En sentido positivo, esta moderna concepción protectora-garantista, expresa el fundamento del Derecho penal como mecanismo de control formal de relaciones intersubjetivas. De modo tal que, las personas que realicen conductas desviadas o asóciales infringiendo las normas penales deberán afrontar las consecuencias derivadas de su incumplimiento que se verán traducidas en la imposición coactiva de una pena por parte del Estado. El Derecho penal está edificado para garantizar los elementos indispensables que de otro modo no podrían ser adecuadamente protegidos en una sociedad.

Mientras que, en sentido negativo, este postulado, por un lado, prohíbe usar las normas penales para proteger algo que resulte superfluo o no necesario para la subsistencia del individuo o de la sociedad, esto es, algo inútil, y, por otro lado, impide otorgar a las penas una finalidad únicamente retributiva o un carácter deshumanizante.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo I.- “Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”²²¹.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de la Argentina

No regula sobre el particular.

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular.

Código Penal de Brasil

No regula sobre el particular.

220 SERRANO MAÍLLO, Alfonso. Ensayos sobre el Derecho Penal como Ciencia. Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p. 102.

221 Artículo I -Anteproyecto de 2004.- “La Ley Penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. La pena tiene función preventiva y orientación resocializadora. Las medidas de seguridad tienen por objeto la rehabilitación”.

Artículo I – Anteproyecto de 2009.- “La Ley Penal tiene por finalidad la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines terapéuticos, de deshabitación, de prevención y de custodia o vigilancia.

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular.

Código Penal de Colombia

Artículo 4.- Funciones de la pena

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena al condenado.

Artículo 5.- Funciones de la medida de seguridad

En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular.

Código Penal de Cuba

Artículo 1.1

Este Código tiene como objetivos:

- Proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal;
- Salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y la leyes;
- Promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos;
- contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista.

2. A. Estos efectos especifica cuales actos socialmente peligrosos son constitutivos de delito y cuales conductas constituyen índices de peligrosidad y establece las sanciones y medidas de seguridad aplicables en cada caso.

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular.

Código Penal del Salvador

No regula sobre el particular.

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular.

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular.

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular.

Código Penal Federal de México

No regula sobre el particular.

Código Penal de Nicaragua

No regula sobre el particular.

Código Penal de Panamá

Art. 7.- La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado.

Art. 8.- A los inimputables solo se les aplicarán medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad tienen como fundamento la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación de la persona.

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular.

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular.

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular.

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular.

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El artículo I del Título Preliminar del Código penal que consagra la finalidad preventivo-protectora de la ley penal sintetiza en parte y guarda estrecha relación con otros dos grandes principios que también se encuentran establecidos en este apartado de nuestra legislación penal como son el principio de lesividad, previsto en su artículo IV, y el principio de función retributiva, preventiva y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena, previsto en su artículo IX. La fuente constitucional del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena comprende a aquellas normas constitucionales que dan vida y fuerza al principio de lesividad y principio de función integral de la pena del cual este se desprende.

En ese sentido, la fuente constitucional del principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal se encuentra, en cuanto al principio de lesividad, en los artículos 1, 44 y 200 de la Constitución de 1993, mientras que en lo que respecta al principio de función integral de la pena, en el artículo 139; inciso 22 de la Carta Política en vigor. El fundamento y origen de los postulados contenidos en estos artículos fueron recogidos por el Código Penal de 1991 no de la Constitución de 1993, como resulta evidente por el tiempo de su promulgación, sino que los mismos tuvieron su fuente en los artículos 1 y 80 de la Constitución de 1979, en cuanto al principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal, sobre la base del principio de lesividad, mientras en lo que respecta al principio de finalidad integral de la pena, en el artículo 234 de la Carta de 1979. Líneas abajo, cuando se analice cada uno de estos dos principios, se expondrán mayores argumentos para explicar la fuente constitucional de los mismos dando exposición a la sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre los siguientes Expedientes N° 00010-2002-AI; N° 0012-2006-PI/TC; y N° 803-2003-HC/TC, sin perjuicio de ello, iniciaremos la exposición, en los párrafos siguientes, con la exposición de los textos constitucionales referidos anteriormente.

La Ley Fundamental de 1993 establece en su artículo 1 que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, lo cual, en el artículo 1 de la Constitución de 1979 ya se encontraba previsto también en su artículo 1 que sancionaba: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. En cuanto al artículo 44 de la Constitución de 1993, este misma prevé que: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...), el mismo que estuvo previsto en el artículo 80 de la Constitución de 1979 que establece: “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado. Mientras que el artículo 200, último párrafo de la Carta Política de 1993 consagra que: “Son garantías constitucionales (...) “El

ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...). Finalmente, el artículo 139; inciso 22 de la Constitución de 1993 prevé: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, lo cual fue también establecido en el artículo 234 de la Carta de 1979: “(...) El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal”.

Lo cierto es que nuestra legislación punitiva cuando consagra una finalidad preventiva no se agota en una sola labor materializada en la función de prevención, sino que involucra otros aspectos incluidos en ella, como son las funciones retributiva y resocializadora de la pena, las mismas que en un Estado Social y Democrático de Derecho sólo podrían tener sentido y encontrar justificación teniendo por finalidad la protección o tutela de bienes jurídicos de singular importancia para la vida común, ya sean personales o colectivos. En consecuencia, el artículo I del Título Preliminar del Código Penal, por su ubicación y contenido presenta en una sucinta síntesis el sentido que tiene el Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, dejando claro que nuestra ley penal como control social formal ejercido por el Estado tiene como notas que lo caracterizan la tutela de bienes jurídicos, a través de la pena, comprendida esta en su función retributiva, preventiva y resocializadora, esto es, desde una perspectiva integral de la misma.

V. CONCEPTO

La finalidad preventiva protectora del Derecho penal convierte a esta rama del Derecho en un mecanismo de control formal. El control formal guarda relación con la llamada prevención general, que puede ser vista en sentido negativo como “intimidación de la generalidad”, en sentido positivo como “estabilización de la fidelidad al Derecho de la población” y como regla preventivo-especial de “corrección del autor”. “Esto es, el Código Penal asume una opción funcional preventiva mixta y reconoce posibilidades de prevención general y prevención especial”²²².

Como “intimidación de la generalidad”, se entiende que el Derecho penal se encuentra legitimado para emitir mediante la pena un mensaje comunicativo negativo al conjunto social, que prevenga la comisión de hechos delictivos mediante una coacción psicológica que logre desanimar la comisión de este tipo de actos desviados. De modo que, el mensaje comunicativo “el que hace “a” será sancionado con pena “b” tiene como objetivo central prevenir la realización de la conducta delictiva “a” mediante la amenaza “b”. Por ejemplo, de acuerdo al artículo 106 del Código penal, nuestro ordenamiento jurídico-penal previene la comisión de homicidios mediante la amenaza de imponer al infractor una pena que bordea los seis a veinte años de prisión.

222 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Código Penal Anotado, Ed. San Marcos, Lima, 2000, p.27.

En los dos otros casos, como “estabilización de la fidelidad al Derecho de la población” o como regla preventivo-especial de “corrección del autor potencial” se considera, en el primer supuesto, que la función de la pena radica en ratificar la vigencia del Derecho frente al injusto cometido por el autor, poniendo de manifiesto a la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, mientras que, como regla preventivo-especial, se entiende que mediante la imposición de la pena y sus componentes de tratamiento focalizados en la reeducación, rehabilitación y reincorporación de aquel que ha cometido un hecho delictivo, el Estado se anticipa a evitar futuras lesiones similares del ordenamiento jurídico por parte de quienes podrían considerarse como autores potenciales, evitando la reincidencia.

Como mecanismo de control formal, el ordenamiento jurídico-penal no puede cumplir finalidades políticas, ideológicas o moralizantes, ni tampoco desempeñar una “función simbólica”, que tenga por objeto dar sentimientos momentáneos o coyunturales de falsa seguridad a la población, ya que estos fines no justifican la grave limitación de derechos fundamentales que trae consigo la sanción penal. “La pena ha de cumplir (y solo este legitimado para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos”²²³.

En esta labor de control social, el Derecho penal es de última *ratio* que porque su protección se encuentra condicionada a la falta de existencia de otros medios de solución social adecuados para resolver este tipo de problemas y es de intervención mínima porque su intervención solamente se encuentra justificada cuando está referida a los ataques más graves que se formulen contra las condiciones esenciales de coexistencia (bienes jurídicos), que estén consagradas como tales en la Constitución.

De modo que el Derecho penal está justificado sólo cuando tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, el complemento de este artículo se ubica en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que consagra el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de lesividad. “El fundamento material de esta nueva configuración de las estructuras dogmáticas de imputación responde a la necesidad de estar orientados a la realidad y a las finalidades político-criminales”²²⁴.

La protección penal no se limita a la tutela única y exclusiva de intereses jurídicos individuales o personales. Esta comprende también aquellos intereses jurídicos supraindividuales o colectivos, que garantizan una tutela anticipada que previene daños futuros a los bienes jurídicos individuales, que sin su adecuada protección penal, el desarrollo e incluso, la propia subsistencia del individuo no serían posibles. El Derecho penal protege bienes jurídicos individuales cuya titularidad recae en cabeza de una persona natural o jurídica claramente individualizable, pero también tutela bienes jurídicos supraindividuales cuya titularidad pertenece a la sociedad en su conjunto.

223 Ibid, p. 129-130.

224 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, T.I., Ed. Grijley, Lima, 2007, p.116.

La concepción protectora-garantista descrita, impide otorgar a las penas una finalidad únicamente retributiva, toda vez que la labor de prevención de delitos ocupa el lugar más importante dentro de las funciones que la sociedad ha asignado al Derecho penal. Por ello esté enunciado se ubica en el artículo I. del Título Preliminar del Código Penal. Igualmente, la pena no puede tener una sanción que despoje al individuo que ha delinquido de su dignidad humana.

VI. CONTENIDO

6.1. El Derecho penal como mecanismo de control formal

Los hombres para poder vivir en sociedad aceptan renunciar voluntariamente a la libertad plena que tenían en su estado natural a cambio de obtener derechos que garanticen una convivencia pacífica. “El estado natural se transforma en estado jurídico renunciando el ciudadano adulto – capaz de conocimiento a una parte de su libertad natural para así poder convivir en libertad”²²⁵, en donde, el Estado es el encargado de velar por el cumplimiento de este acuerdo, denominado contrato social, monopolizando el ejercicio de la violencia legítima. “Dentro del sistema jurídico general, el ordenamiento penal tiende a orientar el comportamiento de las personas mediante la amenaza de la restricción de derechos a título de pena”²²⁶.

De lo contrario, si cada uno tuviese la potestad absoluta de hacer con su libertad lo que bien le plazca, la vida en sociedad sería una utopía. Si así fuese, probablemente, un consumidor enojado, al haber adquirido un televisor con desperfectos, iría a la tienda donde lo compró para emitir injurias en contra del honor del vendedor; un hombre tomaría a una mujer por la fuerza; e incluso, el padre de aquella, tal vez, vengaría a su hija, dándole muerte a su nefasto raptor. Hasta la sociedad más primigenia necesita reglas de conductas para mantener una convivencia pacífica.

Existen diversos tipos de instrumentos utilizados por la sociedad para garantizar la vida social, que pedagógicamente han recibido dos clasificaciones. El control informal o indirecto, entendido como aquel que se realiza a través de grupos de personas que mediante el rechazo o aceptación social controlan la conducta del individuo, allí se ubican, por ejemplo, la familia, la iglesia, los clubes, etc. En cambio, el control formal o directo, se encuentra compuesto por las normas del ordenamiento jurídico dictadas por los órganos del Estado.

La diferencia entre los mecanismos de control formal o directo y los instrumentos de control informal o indirecto radica en que los primeros cuentan con coactividad para obligar al cumplimiento de sus reglas, mientras que los últimos únicamente tienen al rechazo o aceptación social como “fuerza” de convencimiento o disuasión, careciendo de *coertio*. El Derecho es el mecanismo de control formal o directo por

225 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 10.

226 VÁSCONES VEGA, Ricardo, Las medidas coercitivas; en: GARCÍA RADA, domingo; BRAMONT ARIAS, Luis A; VÁSCONES VEGA, Ricardo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; HURTADO POZO, José. La nueva Constitución y el Derecho Penal. Ed. Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980, p.47.

excelencia. “El derecho penal realiza su tarea de protección de la sociedad castigando las infracciones ya cometidas, por lo que es de naturaleza represiva”²²⁷.

El Derecho penal, como rama del Derecho, pertenece a los mecanismos de control formal o directo, pero cuenta con una característica singular: la pena. “Quien se exceda en el uso de su libertad o limite un exceso de libertad ajena, estará lesionando los fundamentos del contrato”²²⁸. El incumplimiento de una norma estrictamente civil, laboral o comercial puede acarrear una sanción de tipo patrimonial, la indemnización, por ejemplos. La transgresión de una norma penal, lleva a un mayor reproche, que se traduce, en la mayor de las veces, en la aplicación de una pena privativa de la libertad. El Derecho penal como instrumento de control formal vulnera legítimamente derechos fundamentales de la persona.

6.2. La protección penal se rige bajo el principio de necesidad o intervención mínima

¿Por qué la respuesta penal es tan severa? No debe olvidarse que la pena es gravísima, ya que consiste en “meter a un individuo dentro de una jaula”. La relación existente entre el delito y la pena no es de identidad como sucede, por ejemplo, entre el deber contractual infringido y su sanción de incumplimiento forzoso (previsiones de nulidad, restitución posesoria, entrega judicial de lo pactado, etc.), sino que dicha relación resulta siendo de irracionalidad por ser incomparables sus términos de antecedente y consecuente. Sin embargo, frente a determinados actos que revisten un grave peligro para la subsistencia de la persona y del propio conjunto social, la renuncia a la pena no resulta satisfactoria, pues, no sólo podría significar un regreso a la venganza privada, sino que en la práctica haría inimaginable la vida en sociedad.

Por ello, el Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social (artículo 43, Constitución Política). En un Estado de Derecho, la pena se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Para que intervenga el Derecho penal-junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales²²⁹. “La misión del Estado consiste en garantizar la coexistencia entre los ciudadanos, entonces sólo puede ser castigado aquel comportamiento que lesione derechos de otras personas y que no es simplemente un comportamiento pecaminoso o inmoral”²³⁰.

En ese sentido, el recurso a la pena debe ser visto, entonces, como una “amarga necesidad” o un “mal menor necesario” que se justifica cuando los bienes jurídicos garantes de una coexistencia humana pacífica no obtienen una tutela eficiente mediante vías extrapenales como, por ejemplo, lo son las vías administrativas o civiles siendo entonces necesario acudir a la vía penal para garantizarlos en última

227 NOGUERA RAMOS, Ivan, Fundamentos del derecho penal, Ed. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2007, p. 109.

228 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23.

229 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe., Op. Cit., 91-93.

230 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Ed. Secretaría de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 25.

instancia o *última ratio*; y, cuando se verifique que estos bienes jurídicos son los más imprescindibles para la vida social y siempre que se aprecie que estos se encuentran ante ataques que revisten mayor gravedad o intensidad –carácter fragmentario.

De esa manera, el Derecho penal se rige bajo el principio de necesidad o intervención mínima que comprende dos subprincipios que justifican la necesidad de recurrir a la vía penal como medio de protección a los derechos fundamentales: (i) el principio de *última ratio* y (ii) el principio de fragmentariedad.

La *última ratio* significa que únicamente cuando la sociedad ha agotado infructuosamente todos los recursos que ha destinado a asegurar la coexistencia pacífica del individuo o del conjunto social, en cualquiera de los múltiples aspectos, un último recurso se encuentra expedito para ser utilizado: el Derecho penal. Allí donde pueda garantizarse la seguridad y la paz jurídica mediante tribunales civiles, una prohibición de derecho público o también con medidas preventivas extrajurídicas, no existe necesidad del Derecho penal²³¹. Los ataques leves a los bienes jurídicos solamente deben solucionarse mediante otras vías jurídicas o controles sociales.

Igualmente, la fragmentariedad, como criterio que complementa la *última ratio*, significa que el Derecho penal, en última instancia, tiene que garantizar, no a todos los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento normativo, sino que únicamente debe estar referido a aquellas condiciones absolutamente necesarias para garantizar una coexistencia armoniosa entre seres humanos que se conocen como “bienes jurídicos penalmente protegidos”. También, el carácter fragmentario exige que la vía penal no sea utilizada para prohibir toda clase de conductas lesivas, sino solo frente a las que revistan mayor entidad según las circunstancias particulares del injusto penal.

Es generalmente aceptado el llamado “principio de intervención mínima”, conforme al mismo, se reconoce al Derecho penal un doble carácter subsidiario y fragmentario: 1º El carácter subsidiario significa que el Derecho penal es la *última ratio*, es decir, que sólo debe intervenir cuando, para proteger los bienes jurídicos, se revelan como ineficaces los demás medios de tutela y sanción con los que cuenta un Estado de Derecho. Se hace esta afirmación partiendo de la doble idea de que la pena es un mal irreversible y que, como solución imperfecta, sólo debe acudir a ella en último lugar, y de que existen otros medios preferentes. Sólo cuando ninguno de los anteriores medios sea suficiente, estará legitimado el recurso a la pena o a la medida de seguridad. 2º El carácter fragmentario del Derecho penal, significa como sintetiza Sáinz Cantero, que éste únicamente debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad y que a éstos sólo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables. La observancia de este principio obliga, para adecuar el Derecho penal a la realidad social, a despenalizar conductas que no se consideran dignas de represión penal, pero, al mismo tiempo, a sancionar nuevas formas de criminalidad²³².

231 ROXIN, Claus, ¿La Protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?; en: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Ed. Grijley, Lima, 2004, p. 20.

232 LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal. Parte general. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 41-42.

6.3. El Derecho penal preventivo

El Derecho penal a través de la aplicación de la pena no puede regresar las cosas a un estado anterior al de la comisión del delito. La pena no cumple una finalidad equivalente a recobrar el orden de justicia anterior que se vio desquebrajado por el hecho delictivo, porque no existe un orden absoluto de las cosas en el cual podamos diferenciar de manera suficientemente objetiva lo justo de lo injusto. “La prevención general que vendría a ser una forma de intimidar a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos”²³³.

El orden social en el que vivimos es siempre relativo y con gran cantidad de contradicciones internas. En consecuencia, el Derecho penal y la pena no pueden tener un carácter absoluto. Además, no parece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena sólo consista en un mal, otra cosa es que lo lleve como efecto necesario. Tal unilateralidad evidentemente está marcada por la idea del talión o la venganza, que no resulta adecuada para la concepción de un Estado de Derecho²³⁴.

La pena absoluta, que renuncia a finalidades preventivas y es sólo una manifestación de “la majestad del Derecho desvinculada de todo fin”, no resulta acorde a un Derecho penal contenido en una Constitución democrática. La pena, como drástica intervención estatal que es, requiere de una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de la compensación retributiva de la culpabilidad, sino, únicamente, en su idoneidad e indispensabilidad para la satisfacción de los cometidos del Estado (en el caso concreto: un control de la criminalidad que proporcione seguridad)²³⁵.

La fijación de una pena como mecanismo preventivo de la comisión de delitos es la única vía que legitima la vulneración de derechos fundamentales. La función preventiva consiste en la preparación y disposición que hace la sociedad anticipadamente, estableciendo las conductas que califica como delictuosas y sus respectivas penas, para así evitar la comisión de actos delictivos en la medida que estos afectan las condiciones más elementales de coexistencia pacífica en una sociedad. La pena es un instrumento que permite alcanzar un fin ulterior: La paz social. Con razón, BECCARIA sostenía: “Es mejor prevenir los delitos que punirlos” (2005:118).

El legislador al determinar la finalidad preventiva de la pena no ha llegado a proscribir que la finalidad retributiva de la pena constituya uno de los elementos de la sanción penal, como por ejemplo, para garantizar la medición de la pena. Lo que nuestro legislador ha rechazado es que la retribución sea la única finalidad perseguida por la pena; ya que un verdadero Derecho penal preventivo orienta el sentido de la pena hacia a diversos mecanismos de socialización, incluyendo la motivación de los condenados (prevención especial), de quienes tiene tendencia a la comisión de delitos (prevención general negativa), del sentido de seguridad de la sociedad en su conjunto (prevención general positiva).

233 NOGUERA RAMOS, Ivan, Fundamentos del derecho penal, Ed. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2007, p. 110.

234 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004, p. 318.

235 ROXIN, Claus; et. al. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, Ed. La Lectura; Lerner, Córdoba, 2001, p. 213.

6.4. La prevención general (positiva) en la concepción de JAKOBS

En los últimos años la corriente dogmática que ha sido denominada “funcionalista” o “teleológica” ha tenido un impacto muy importante en nuestro país. La postura “funcionalista” se caracteriza por racionalizar los conceptos (teleológicos y axiológicos) que intervienen en la construcción del sistema jurídico-penal mediante la interpretación normativa de las categorías-jurídico penales.

La interpretación normativa tiene por objeto sentar las bases calculables de la posibilidad de una modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito. Lo cual pretende lograr mediante la conformación de un sistema penal abierto que permita dar con los valores de referencia y las finalidades que inciden en la atribución de cada concepto que integra una determinada categoría jurídica.

En la actualidad, existen dos corrientes funcionalistas: una “moderada” y otra “radical”. La “moderada” tiene como representante por excelencia al profesor Claus ROXIN, mientras que el profesor Günther JAKOBS es conocido dentro de la dogmática penal como el representante de la postura denominada “funcionalismo radical”.

La finalidad del “funcionalismo moderado” es práctica ya que consiste en superar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y los político-criminalmente satisfactorio, mientras que el fin del “funcionalismo radical” es metodológico porque trata de ofrecer una sistematización del Derecho penal vigente que resulte “explicativa”²³⁶. A continuación, presentaremos a grandes rasgos algunas consideraciones del “funcionalismo radical” que postula Günther JAKOBS porque esta postura en buena cuenta conduce a la creación de un nuevo sistema de Derecho penal:

6.4.1. Generalidades

La teoría de la prevención general positiva de JAKOBS es un modelo formal o positivista en la medida en que da por supuesta la configuración concreta de la sociedad. Esta postura busca establecer las características comunes del Derecho penal en los diversos ordenamientos jurídicos (plano abstracto).

El punto de vista escogido trata de comprender el fenómeno de la normatividad en sí, pero no garantiza que las normas de las que se trate sean “normas legítimas”. Las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal, ya que este no vale más que el orden social que contribuye a mantener y, por lo tanto, sólo puede extraer su legitimidad en última instancia de la existencia de normas legítimas.

236 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, J.M. Bosch, 1992, pp. 67-70.

La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico penal. Al Derecho penal únicamente le corresponde determinar los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (separación entre dogmática y política criminal).

La postura de Günther JAKOBS encuentra sus bases en la sociología del derecho de Luhmann y en una tradición filosófica que se remonta hasta Hegel. Aunque se diferencia con el pensamiento de éste último, en que para Hegel el punto de referencia de la pena es el propio concepto de Derecho, mientras que para JAKOBS dicho punto viene constituido por las condiciones de subsistencia de una determinada sociedad.

6.4.2. La prevención general vista como mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma

Ya es de conocimiento general que para el profesor Günther JAKOBS, el Derecho penal encuentra su verdadera función y legitimación material en garantizar la vigencia de aquellas expectativas normativas esenciales sobre las cuales recae la configuración o identidad de nuestra sociedad. La sanción penal produce prevención general positiva a través del reconocimiento social de la norma.

En ese orden de ideas, la función que el Derecho penal realiza para el mantenimiento del sistema social consiste en reafirmar que, pese a la infracción producida, la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas esenciales y se niega a concebirse de otra manera: la pena significa una autoconfirmación.

Lo que importa es la significación social de la vigencia de las normas y su quebrantamiento. Bajo esta perspectiva, la pena produce prevención general a través de un aprendizaje social que lleva al reconocimiento de la vigencia de la norma y que se manifiesta en tres aspectos: (i) ejercicio de la confianza en la norma; (ii) ejercicio de la fidelidad hacia el Derecho; (iii) ejercicio de la aceptación de las consecuencias del delito.

Ejercitar la confianza hacia las normas significa guiarnos por lo establecido en el ordenamiento jurídico, al advertir que los destinatarios de las normas (y las penas) no son solo algunas personas, sino todos. Ejercitar la fidelidad al Derecho significa rechazar el delito como alternativa de conducta, ya que la pena (que va anexa), grava el comportamiento infractor con consecuencias costosas. Ejercitar la aceptación de las consecuencias es reforzar la conexión que existe entre la conducta delictiva con el deber de asumir sus costos.

La función principal del Derecho penal radica en mantener la confianza de los hombres en las normas que han sido quebrantadas por la comisión de delitos, mientras que el ejercicio en la fidelidad hacia el derecho y la aceptación de las consecuencias derivadas del delito (consecuencias de psicología social o individual) constituyen efectos secundarios a la pena.

6.4.3. La pena como respuesta al quebrantamiento de la norma

La postura de Günther JAKOBS, se aparta de la corriente que otorga al Derecho penal la misión de proteger bienes jurídicos. JAKOBS distingue entre bien jurídico (objeto de protección de algunas normas) y bien jurídico penal (aseguramiento de las expectativas normativas esenciales).

Para JAKOBS, entonces, el quebrantamiento de una norma no tiene significación para el Derecho penal por sus consecuencias externas ensimismas (afectación de bienes jurídicos) porque, una vez producidas estas, ya no se pueden remediar, incluso advierte que tampoco es necesario que las mismas se produzcan para que el ordenamiento jurídico-penal intervenga (por ejemplo, en la tentativa). La pena consiste en una contradicción del quebrantamiento de la norma que tiene por finalidad confirmar su vigencia.

De esta manera, la pena es vista como una respuesta al quebrantamiento de la norma que se sitúa, y simboliza a su vez, la contradicción de dicho quebrantamiento: la norma infringida continúa siendo la regla de comportamiento en que se puede seguir confiando. La pena sirve para que las expectativas normativamente fundadas no queden anuladas por su defraudación en el caso concreto (mantenimiento “contrafáctico”).

Para confirmar lo dicho, leamos un párrafo que literalmente recoge el pensamiento de JAKOBS: “La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso –aún contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico penal”²³⁷.

6.4.4. Críticas a la prevención general positiva de JAKOBS

Las críticas que ha recibido la postura de Günther JAKOBS la tildan de ser una “concepción conservadora, tecnocrática y autoritaria”. Para sus detractores, los principales caracteres negativos que presenta esta concepción son dos: (i) despreocupación por la idea de resocialización del delincuente; (ii) omisión de los diversos mecanismos de control social formales e informales en la función de estabilizar los sistemas sociales (idoneidad para potenciar la expansión del Derecho penal) y, por ende, escasez de criterios que indiquen por qué y cuando es necesaria una sanción a modo de pena y en que circunstancias se puede prescindir de ella y realizar un tratamiento diferente. Finalmente, se reprocha que no respeta la autonomía moral de los individuos, al tratar de formar su conciencia ética e imponerles con la pena –más allá del respeto externo a las normas- una actitud de interna adhesión a los valores que incorporan (Ejercicio de la fidelidad al Derecho).

6.5. El derecho penal humanista

237 JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 45.

El Derecho penal regula la conducta de hombres y no de una clase de humanidad degradada, que para la sociedad son enemigos. La visión del “delincuente nato”, que veía en el acto de delinquir el síntoma de enfermedad congénita, que era padecida por determinados seres humanos, ha sido absolutamente superada por una nueva visión del delito como producto social. “La razón de su existencia y su aceptación, debe aparejarse con el respeto a la persona humana, el mantenimiento de la confianza social y la defensa de bienes jurídicos”²³⁸.

La doctrina penal actual comprende que, si bien es verdad que la persona que delinque tiene responsabilidad por el acto realizado, la sociedad también comparte grados de responsabilidad en la configuración del delincuente y sus delitos, dado que dentro de su hábitat se presentan factores como pobreza, desigualdades sociales, desempleo, entre otros diversos aspectos que llevan a una persona a delinquir. El Derecho penal no puede desconocer la corresponsabilidad de la sociedad en el delito.

La prevención orientada a la persona implica el reconocimiento de los principios de dignidad, igualdad y humanidad en la creación de delitos y penas. El principio de dignidad, por ejemplo, asegura el establecimiento de penas que no denigren o al individuo y permanece incólume durante todo momento, pues, el delito no despoja al inculcado, procesado o condenado de su naturaleza humana. El principio de igualdad exige al legislador a dirigir la política criminal hacia la sociedad en su conjunto y no únicamente contra un determinado grupo o sector de la población con “sangre de delincuente”. Finalmente, el principio de humanidad prohíbe la creación de penas crueles o brutales, pues este tipo de sanciones llevan consigo el despojo de la propia naturaleza humana de quien los padece.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “ Respecto a la pena impuesta contra los encausados deberá atender a los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución Política del Estado, como en los artículos primero, octavo y noveno del Título Preliminar del citado Código Penal peruano vigente, así también al principio de proporcionalidad como relación de correspondencia entre el injusto cometido por el agente y la pena que le corresponde, conforme lo sustenta el artículo octavo del Título Preliminar del Código Sustantivo, debiéndose fijar la pena en atención a la lesión de los bienes jurídicos trasgredidos”. (Ejecutoria Suprema de fecha 20.04.2006 de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 4289-2005 – Arequipa, considerando 5).
- 2) “ El Derecho penal moderno asume los principios doctrinarios básicos de mínima intervención, humanidad, protección, prevención y resocialización de la pena, contenidos tanto en la Constitución Política del Estado, como en los artículos uno, octavo y noveno del Título Preliminar del Código penal peruano vigente y estos mismo principios que son lineamientos doctrinarios filosóficos que rigen y regulan el

238 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Derecho penal general, Ed. Pro derecho instituto de investigaciones jurídicas, Lima, 2007, p.158.

poder punitivo del Estado, establecen que el Derecho penal actual es última ratio para su aplicación y que la misma debe buscar la reincorporación del sujeto infractor al seno de la sociedad [...] que el criterio que subyace en el principio de humanidad, es el de permitir la aceptación y el respeto hacia las normas jurídico-penales, en la medida que la finalidad de las sanciones no se base en fundamentos empíricos con el afán de causar temor en la población por cuanto la pena debe ser vista como un mal necesario, dado que es una injerencia coactiva en la esfera de los derechos de un sujeto, el autor de un delito, a quien, por lo demás, no se le puede gravar con cargas insoportables o permanentes. (Ejecutoria Suprema de fecha 24.06.2004 de la Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 935-2004 – Cono Norte, considerandos 2 y 3)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de finalidad preventivo protectora de la pena conjuga dos grandes principios incardinados también en el Título Preliminar del Código punitivo: el principio de lesividad, previsto en el artículo IV y el principio de función retributiva, preventiva y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena, previsto en el artículo IX.
2. La fuente constitucional del principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal se encuentra, en cuanto al principio de lesividad, en los artículos 1, 44 y 200 de la Constitución de 1993, mientras que en lo que respecta al principio de función integral de la pena, en el artículo 139; inciso 22 de la Carta Política en vigor. Naturalmente, el fundamento y origen directo de los referidos artículos se encontró en la Constitución de 1979 (artículos 80 y 234, respectivamente).
3. La finalidad preventiva protectora convierte al Derecho penal en un mecanismo de control formal. El control formal guarda relación con la llamada prevención general. La misma puede ser vista, en sentido negativo, como “intimidación de la generalidad”, en sentido positivo, como “estabilización de la fidelidad al Derecho” y como regla preventivo-especial de “corrección del autor”.
4. La pena absoluta, que renuncia a finalidades preventivas y es sólo una manifestación de “la majestad del Derecho desvinculada de todo fin”, no resulta acorde a un Derecho penal contenido en una Constitución democrática. La fijación de una pena como mecanismo preventivo de la comisión de delitos es la única vía que legitima la vulneración de derechos fundamentales.
5. La función preventiva consiste en la preparación y disposición que hace la sociedad anticipadamente, estableciendo legislativamente las conductas que califican como delictuosas y sus respectivas penas, para así evitar la comisión de actos delictivos en protección de bienes jurídicos fundamentales para la subsistencia armoniosa de la sociedad. La pena es un instrumento que permite alcanzar un fin ulterior: La paz social.

6. La protección penal no se limita a la tutela única y exclusiva de intereses jurídicos individuales o personales. Esta comprende también aquellos intereses jurídicos supraindividuales o colectivos, que garantizan una tutela anticipada que previene daños futuros a los bienes jurídicos individuales, que sin su adecuada protección penal, el desarrollo e incluso, la propia subsistencia del individuo no serían posibles.
7. En mérito del principio de finalidad preventivo-protectora de la pena el Derecho penal protege al individuo y a la sociedad del delito (labor protectora), pero, también protege al hombre de la intervención punitiva que realiza el Estado (labor garantista). La razón es que en un Estado social y democrático de Derecho, el Derecho penal se rige por el principio de intervención mínima.
8. El principio de intervención mínima comprende otros dos subprincipios: La *última ratio*, que significa que el recurso al Derecho penal sólo se justifica cuando los bienes jurídicos garantes de una coexistencia humana pacífica no obtienen una tutela eficiente mediante vías extrapenales y la *fragmentariedad*, que significa que el Derecho penal sólo protege las condiciones absolutamente necesarias, no todas; así como, está dirigido a prohibir no toda clase de conductas lesivas, sino solo las que revistan mayor entidad.
9. En la concepción del funcionalismo extremo propuesto por JAKOBS el Derecho penal encuentra su verdadera función en garantizar la vigencia de las normas. Las principales críticas que recibe esta concepción son: (i) despreocupación por la idea de resocialización; (ii) omisión de los diversos mecanismos de control social formales e informales; (iii) mantenimiento de un *statu quo* irreflexivo.
10. La prevención orientada a la persona implica el reconocimiento de los principios de dignidad, igualdad y humanidad en la creación de delitos y penas. El principio de dignidad asegura el establecimiento de penas que no denigren al individuo, principio de igualdad exige al legislador a dirigir la política criminal hacia la sociedad en su conjunto y el principio de humanidad prohíbe la creación de penas crueles o brutales.

§ 3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable”²³⁹. El principio de legalidad, conocido por el aforismo latino de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es el límite principal al ejercicio del *ius puniendi* impuesto por las condiciones propias del Estado de Derecho. “Consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras

239 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Garantías constitucionales en materia penal, Ed. Editorial Astera, Buenos Aires, 1996, p.78.

sanciones de tal carácter que las previamente previstas por la ley”²⁴⁰. El principio de legalidad representa el núcleo de la *labor garantista* que cumple el Derecho penal en defensa de la libertad de la persona frente a la intervención punitiva.

“El principio de legalidad representa la garantía penal importante en el desarrollo del Derecho penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca con la debida anticipación y precisión que conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son ilícitos”²⁴¹. El principio de legalidad contiene una serie de garantías para los ciudadanos que en términos generales pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley. En palabras de ROXIN: “Es cuando un hecho puede castigarse solamente si su punibilidad ha sido establecida legalmente con anterioridad a su realización”²⁴².

“El principio de legalidad impone al legislador el deber de precisar en la ley todos los presupuestos que configuran la conducta penalmente sancionada y la pena aplicable”²⁴³. Dicho de otro modo, el Principio de Legalidad consiste en la sumisión del Derecho penal a la ley, de modo que nadie puede ser castigado, sino por hechos definidos como delito o falta en una ley anterior a su perpetración, ni imponérsele penas distintas de las contenidas en dicha ley.

El principio de legalidad se manifiesta en la teoría de las fuentes del derecho penal, en el ámbito de las garantías individuales, y en la técnica de la elaboración de las leyes. En la teoría de las fuentes del Derecho penal, el principio de legalidad impone la reserva absoluta de la ley en materia penal. En el ámbito de las garantías individuales, el principio de legalidad consagra en beneficio de la persona cuatro garantías (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución) que aseguran al ciudadano la sujeción de la actividad punitiva a la ley. En la técnica de elaboración de las leyes, el principio de legalidad exige la observancia de dos principios, claridad y taxatividad, tanto al describir la conducta, como al establecer la pena o medida de seguridad.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo II.- “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”²⁴⁴.

240 BRAMONT ARIAS, Luis A; El principio de legalidad, en: La nueva constitución y el derecho penal, GARCIA RADA, Domingo; VÁSCONES VEGA, Ricardo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; HURTADO POZO, José. Ed. Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980, p. 27

241 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal, parte general, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 21.

242 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 34.

243 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, T.I. Ed. Grijley, Lima, 2007, p.137.

244 Anteproyecto de 2004.- “Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”

Anteproyecto de 2009.- “Nadie será sancionado por acto u omisión que no esté previsto de modo expreso e inequívoco como delito o falta por la ley vigente al momento de realización, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Alemania

§ 1. No hay pena sin ley. Un hecho sólo puede castigarse, cuando la punibilidad ha sido determinada legalmente, antes de que el hecho se hubiere cometido²⁴⁵.

Código penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

Artículo 4.- Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella.

Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable.

Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia.

Código Penal de Brasil

Artículo 1 - No hay delito sin ley anterior que lo define. No hay pena sin una imposición legal anterior²⁴⁶.

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

Art. 6.- Legalidad: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez

245 Traducción de LÓPEZ DIAZ, Claudia. Código Penal Alemán, del 15 de mayo, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p.5. El original del párrafo 1 del Código Penal alemán o Strafgesetzbuch (StGB) señala: § 1 Keine Strafe ohne Gesetz.. "Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde".

246 Traducción libre a cargo del autor del original que refiere: Art. 1 Código Penal de Brasil - "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistente de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Artículo 10. Tipicidad: La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

Código Penal de Costa Rica

Art. 1.- Principio de Legalidad: Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente.

Código Penal de Cuba

Artículo 2.1. Sólo pueden sancionarse los actos expresamente previstos como delitos en la ley. Con anterioridad a su comisión.

A nadie puede imponerse una sanción penal que no se encuentre establecida en la ley anterior al acto punible.

Código Penal de Ecuador

Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada.

Art. 4.- Prohíbese en materia penal la interpretación extensiva. El juez debe atenerse, estrictamente, a la letra de la ley. En los casos de duda se la interpretará en el sentido más favorable al reo.

Código Penal de España

Artículo 1

1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

Artículo 2

1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

Código Penal de El Salvador

Artículo 1.- principio de legalidad: Nadie podrá ser sancionado por una acción u omisión que la ley penal no haya descrito en forma previa, precisa e inequívoca como delito o falta, ni podrá ser sometido a penas o medidas de seguridad que la ley no haya establecido con anterioridad.

No podrá configurarse delito o falta, ni imponerse pena o medida de seguridad, por aplicación analógica de la ley penal.

Código Penal de Guatemala

Artículo 1.- De la legalidad: Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley

Código Penal de Haití

Art. 4.- Nulle contravención, null delito, nul crimine ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi, avanti qu'ils fussent commis.

Código Penal de Honduras

Artículo 1.- Nadie podrá ser penado por infracciones que no estén determinadas en una Ley anterior a la perpetración de un delito.

Artículo 2.- No se impondrán otras penas ni medidas de seguridad que las establecidas Previamente por la Ley.

Artículo 11.- Las autoridades judiciales no podrán crear ningún tipo de figuras delictivas.

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 1.- Principio de legalidad: Ninguna persona podrá ser condenada por una acción u omisión que no esté prevista como delito o falta por ley penal anterior a su realización, Las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la ley.

No será sancionado ningún delito o falta con pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que no se encuentre prevista por la ley anterior a su realización.

No se podrán imponer, bajo ningún motivo o circunstancia, penas o consecuencias accesorias indeterminadas.

Las leyes penales, en tanto fundamenten o agraven la responsabilidad penal, no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Por ningún motivo la Administración Pública podrá imponer medidas o sanciones que impliquen privación de libertad.

Código Penal de Panamá

Art. 4.- Solo se puede castigar a la persona por la comisión del hecho ilícito, siempre que la conducta esté previamente descrita por la ley penal.

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

Art. 2.- Principio de Legalidad: No se instara acción penal contra persona alguna por un hecho que no esté expresamente definido como delito en este código o mediante ley especial, ni se impondrá pena o medida de seguridad que la ley no establezca con anterioridad a los hechos.

Código Penal de República Dominicana

Atr.4.- Las contravenciones, los delitos y los crímenes que se cometan, no podrán penarse, sino en virtud de una disposición de ley promulgada con anterioridad a su comisión.

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular.

Código Penal de Venezuela

Artículo. 1.- Nadie podrá ser castigado por un que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente.

Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas.

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

La importancia del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano ha determinado que se encuentre claramente establecido a nivel constitucional. El artículo 2 inciso 24; literal d) de nuestra Constitución en vigor establece la consagración del principio de legalidad de modo expreso mediante el enunciado: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Lo cual, es consecuencia de la protección a la libertad que recibe el individuo en el texto constitucional, en el artículo 2 inciso 24; literal a) de la Carta Política de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Es lo que llamamos una definición *negativa* de la libertad, porque no establece sus alcances sino que niega sus límites²⁴⁷.

El principio de legalidad fluye del artículo 2 inciso 24; literales a) y d) de la Ley Fundamental en vigor. Sin embargo, ya hemos adelantado líneas atrás que la fuente constitucional de los principios del Título Preliminar del Código Penal de 1991 se encuentran en la Constitución Política de 1979. En ese sentido, el principio de legalidad estuvo originariamente establecido en la Constitución de 1979, con fuente indirecta en el artículo 20; inciso a) “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y de modo expreso en el artículo 20; inciso d) “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

El principio de legalidad es en nuestra opinión el más importante de todos los principios limitadores del *ius puniendi*. Ello obedece a que gracias a este principio existe una limitación a la labor de criminalización favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos, plasmada por adelantado, tan tangible y real como el documento que contiene la ley, de modo claro y determinado, o sea, hacemos referencia a los subprincipios de *lege scripta*, *lege stricta*, *lege praevia* y *lege certa*, que contiene el principio de legalidad, en virtud de los cuales no existe posibilidad de imponer una pena que no estuvo establecida en la ley de manera previa y clara, negando toda posibilidad de recurrir para ello a la analogía. Lo cual, se extiende a diversos ámbitos del ordenamiento jurídico penal y a la construcción de garantías en el ámbito criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. De modo que, aquello significa la imposibilidad de estatuir de cualquier modo antojadizo tipos penales, penas, procesamiento, o ejecución de sanciones, lo cuales quedan limitados al mandato de la ley.

Por ello, es correcto afirmar que los derechos y principios establecidos en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Carta Política de 1993 deben ser concordados con el inciso 10 del artículo 139 de la Carta, que contiene el tercer gran principio

247 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, Análisis Comparado, Ed. Rao, Lima, 1999, p. 170. “Este concepto de libertad tiene que ser entendido necesariamente en el ámbito de las decisiones privadas, es decir, en la vida privada de la persona. No es la regla que regula conductas públicas. Así por ejemplo, un ministro o un gerente no pueden recurrir a esta norma para realizar algo que esté fuera de sus competencias. En realidad, en las decisiones de carácter público o de Derecho Público –y lo son tanto las de un ministro como las de un gerente– no cabe aplicar el principio del artículo 2 inciso 24 literal “a”. Se debe entonces que diferenciar: -En el ámbito privado la norma aplicable a las decisiones es este literal. – En el ámbito de las funciones de carácter público, la norma aplicable es que sólo se ejecutan las atribuciones específicamente asignadas por las disposiciones existentes”. Loc. cit.

reconocido en el Derecho penal moderno: no hay pena sin juicio, acepción que trae consigo el derecho al debido proceso. Asimismo, deben ser leídos conjuntamente con el artículo 11.2. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁴⁸. En general, de lo establecido en la Constitución Política de 1993, como en la Constitución de 1979, se infiere que el principio de legalidad comprende cuatro garantías fundamentales a favor de la libertad de la persona humana: una garantía criminal (i); una garantía penal (ii); una garantía jurisdiccional o procesal (iii); y una garantía de ejecución (iv). Las dos primeras garantías se encuentran recogidas por el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, mientras que la tercera y la cuarta se corresponden con el enunciado de los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Penal, respectivamente.

V. CONCEPTO

El desarrollo del principio “no hay delito ni pena sin ley” tiene su origen en la ilustración y su formulación latina de “*Nulla poena sine lege*”, “*Nulla poena sine crimine*” y “*Nullum crime sine poena legali*” procede de Feuerbach. Teóricopenalmente se basa en la idea de la prevención general, según la cual una norma penal puede resultar más eficaz en la medida en que el supuesto de hecho típico y su pena estén precisamente determinados; desde la perspectiva del Estado se trata de la exclusión de la arbitrariedad judicial por medio de la sujeción a la ley. Por lo tanto, el principio de legalidad como “Carta Magna del delincuente” traza el ámbito del ciudadano en el que se puede mover sin riesgos penales²⁴⁹.

“El principio de legalidad de los delitos y de las penas no sólo tiene su fundamento en el monopolio de la fuerza y la pura autoridad estatal, sino que encuentra su respaldo en consideraciones políticas y jurídicas de diversa índole que le imprimen un sentido y valor particular”²⁵⁰. “La idea de fin de Derecho penal, bajo la que Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la Política criminal; mientras que el Derecho penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de LISZT, protege “no a la comunidad, sino al individuo que se rebela contra ella”, garantizándole el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales”²⁵¹. “El principio de legalidad se muestra como un requerimiento de la configuración de nuestro concreto sistema político-social, el Derecho penal tendrá que asumirlo en sus mecanismos de imputación”²⁵².

El principio de legalidad o principio de reserva de ley impide que se pueda atribuir la comisión de un delito si este no está previamente determinado como tal en la ley. El principio de legalidad impone cuatro exigencias para poder calificar un hecho como delito: i) la existencia de una ley (*lex scripta*); ii) que el contenido de la ley incriminatoria tenga una taxativa descripción típica y nunca proceda de la aplicación por analogía de otra ley penal (*lex stricta*); iii) que la ley sea anterior al hecho

248 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Op. cit., p. 177.

249 ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales del delito sobre la base de casos de sentencias, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 51.

250 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal, parte general, Op. cit., p. 34.

251 ROXIN, CLAUDIUS, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; Ed. Casa Editorial, Barcelona; 1972; p. 16.

252 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, T.I. Op. cit., p.131.

sancionado (*lex praevia*); y, iv) que la ley describa un supuesto de hecho de manera completa, en lo posible, a través de tipos claros, cerrados y descriptivos (*lex certa*). “El principio de legalidad- el principio de libertad sería inoperante, si junto a él, no se hubiera admitido, también universalmente, el principio de legalidad, que estableciendo que debe considerarse como delito, cuales son las fuentes de la licitud penal, cuando la pena pueda infligirse y como debe ser ella aplicada, garantiza, al mismo tiempo que la defensa de la sociedad del propio delincuente de ser juzgado conforme a una ley preestablecida, frente a los desmanes de un poder autoritario que ve limitado su poder y eliminada su arbitrariedad”²⁵³.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el “principio de legalidad penal se configura en dos ámbitos complementarios, como principio y como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. En su dimensión de principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica²⁵⁴” “Este principio garantiza el derecho de todo ciudadano a su libertad personal cuando es inocente y el derecho del propio delincuente a sufrir sólo y únicamente la pena prevista por la norma y no otra”²⁵⁵.

VI. CONTENIDO

6.1. El sentido material y formal del principio de legalidad

El principio de legalidad es la columna vertebral de la *labor garantista* que realiza el Derecho penal en defensa del ciudadano frente al Estado. “En el ámbito filosófico, Carlos COSSIO, fundador de la concepción ecológica del derecho, afirmo que el principio de legalidad aparece como una restricción de las sanciones, y que esto es debido a la imposibilidad de equiparar los bienes jurídicos con la pena²⁵⁶”. El principio de legalidad evita que el Leviatán, a su antojo, configure arbitrariamente delitos, faltas o infracciones administrativas, circunstancias de agravación, penas, medidas de seguridad y, en general, todo tipo de supuestos o consecuencias jurídicas que limitan derechos fundamentales.

En un *sentido formal*, el principio de legalidad significa que el Estado únicamente puede señalar qué conductas son delictivas y cuales son sus respectivas penas a través de una ley previa y de contenido inequívoco y exacto. “El Principio de legalidad significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del poder legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales”²⁵⁷. “Un hecho sólo puede ser objeto

253 CORSO MASIAS, Alfredo, CUADROS ESCOBEDO, Raúl, El delito, el proceso y la pena, tomo II, Ed. Editorial el deber S.A. Arequipa, 1955. p. 2.

254 STC Exp. N.º 2289-2005-PHC/TC-Lima, (Pleno) Caso Jose Guillermo Villanueva Ruesta, de 16 de mayo de 2005 (FJ 3).

255 CORSO MASIAS, Alfredo, CUADROS ESCOBEDO, Raúl, Op. cit, p. 3.

256 HURTADO POZO, José, Manual de Derecho penal – parte general, Op. cit, p.148.

257 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Código Penal Anotado, Op. cit., pp.130-131.

de pena o de otra consecuencia jurídica prevista en este código, si éstas han sido previamente establecidas por una ley formal, proveniente de órgano legislativo democráticamente legitimado”²⁵⁸. “El principio de legalidad es contrario al arbitrio pero también al legalismo obtuso, mecánico, que reconoce la exigencia de la equidad, al que con expresión tomada de la lógica de conceptos el autor llama poder de “connotación”, y la presencia de espacios en los que habitualmente se ejerce el poder del Juez”²⁵⁹.

En un *sentido material*, el principio de legalidad constituye una garantía de la libertad de los ciudadanos frente a todo acto de poder estatal. Parafraseando a ROXIN: “En tanto aspiremos a proteger la libertad del ciudadano particular frente a la arbitrariedad ilimitada del poder estatal, en tanto que nos vinculemos a la *frase nullum crimen, nulla poena sine lege*, así mantendrá también su alta significación política el arte estricto de una interpretación de la ley que opera conforme a principios científicos”²⁶⁰. “Se constituye en un efectivo límite a las pretensiones abusivas o totalitarias del régimen estatal imperante, por cuanto limita su actuación punitiva, tan sólo a los supuestos típicos señalados previa y taxativamente por la ley, impidiendo así el recorte arbitrario de la libertad de accionar del individuo en sociedad”²⁶¹. “Con él se garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo tiempo, se determinen con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones”²⁶².

Como se ha señalado, “Dicho principio comprende una *doble garantía*; la primera, de *orden material* y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de *carácter formal*, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley. (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español 61/1990)²⁶³.

Daremos, mediante ejemplos, una imagen de las consecuencias de la máxima de trabajo jurídico-penal de partir siempre de la ley. Desde Inglaterra se informa de la siguiente anécdota jurídica: En el Hyde Park (un gran parque de Londres), llegando la temporada de verano, un hombre se desnuda en un pequeño lago. Él es llevado a los tribunales conforme a un precepto que literalmente dice: “En establecimientos públicos nadie puede estar vestido de tal forma, que afecte las buenas costumbres”. El defensor en el juicio alega: “el precepto habla de ‘vestido’. Pero, ¿puede un hombre desnudo estar vestido al mismo tiempo?”. Luego del informe anecdótico, el

258 NOGUERA RAMOS, Ivan, Op. cit., p.112.

259 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Ed. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p.15.

260 ROXIN, CLAUS, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; Ed. Casa Editorial, Barcelona; 1972, p. 17.

261 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p. 158.

262 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Op. cit., p. 24.

263 STC Exp. N.º 8957-2006-PA/TC –Piura, Caso Orlando Albuquerque Jiménez, de fecha 22 de marzo de 2007 (FJ 14).

hombre fue absuelto. Después, evidentemente, hubo que modificar la norma sobre la vestimenta, conforme a las costumbres en parques públicos. Otro ejemplo práctico al respecto, al alrededor de 1900, cuando la energía eléctrica se hizo de uso general y habitual, a algunos graciosos se les ocurrió la idea de alterar el medidor de electricidad. Esta gente fue acusada por hurto, y finalmente fue absuelta por el tribunal del imperio alemán. La fundamentación se mantuvo en la ley. Únicamente se pueden hurtar ‘cosas’. Pero la energía eléctrica, opinó el tribunal, no es ninguna cosa; no hay otros preceptos jurídico-penales aplicables²⁶⁴.

6.2. Las garantías individuales contenidas en el principio de legalidad

El principio de legalidad comprende cuatro garantías: i) garantía criminal; ii) garantía penal; iii) garantía jurisdiccional o procesal; y iv) garantía de ejecución. Las dos primeras se encuentran recogidas por el artículo que se está comentando, mientras que la tercera y cuarta han sido previstas en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Penal, conforme referimos líneas atrás y desarrollaremos con posterioridad.

La garantía criminal viene consagrada en el artículo 11 del Código Penal, que dispone: “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Esta garantía significa que en el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, deberá de abstenerse de todo procedimiento sobre ella. La ley define las acciones u omisiones consideradas como delitos.

La garantía penal determina que nadie pueda ser castigado por la comisión de un delito o una falta con una pena que no haya estado prevista por ley anterior a su perpetración. Se consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. La ley define las penas correspondientes a cada delito.

La garantía jurisdiccional o procesal se encuentra prevista de manera directa en los artículos 139; incisos 3 y 10 de la Constitución, que fijan como principios y derechos de la función jurisdiccional “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional” de modo que, “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (inciso 3) y “el principio de no ser penado sin proceso judicial” (inciso 10). El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, ya sea juzgando o haciendo ejecutar lo juzgado, se encuentra sujeto a los presupuestos derivados del principio de legalidad. Los jueces y tribunales deben ser fijados por la ley, según las normas de competencia y procedimiento que estas mismas han previsto.

La garantía de ejecución determina que no podrá ejecutarse pena, ni medida de seguridad alguna, en otra forma que la que esté fijada por la Ley y los reglamentos

²⁶⁴ NAUCKE, Wolfgang. Derecho penal, Una introducción, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 78-79.

que la desarrollan, y que la ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizara siempre bajo el control de los jueces y tribunales competentes y no por otro tipo de funcionarios, sean públicos o privados. La actividad penitenciaria se desarrolla dentro del marco del principio de legalidad.

6.3. El principio de legalidad en la teoría de las fuentes del Derecho penal: el principio de reserva de ley.

En la teoría de las fuentes del Derecho penal existe una sustancial diferencia con otras ramas de las Ciencias Jurídicas, ya que, en la teoría general del Derecho se deja de lado el “monopolio de la ley” aceptando otras fuentes como creadoras de derechos y deberes, lo cual no resulta aplicable en materia penal. El principio de legalidad incluye al principio de reserva de ley, que determina que la ley sea la única fuente jurídica que tenga legitimidad para crear delitos y penas. “El principio se formula así: “ningún hecho puede ser castigado, si su penalidad no ésta fijada legalmente, antes de que el hecho haya sido cometido”. Es decir, por muy reprobable y dañoso socialmente que sea un comportamiento, el Estado sólo puede sancionarlo penalmente, si previamente a su comisión la ley así lo ha declarado expresamente”²⁶⁵.

El principio de reserva de ley obliga a que en el Derecho penal la única fuente vinculante sea la ley, ya que sólo en virtud de su majestad puede establecerse legítimamente la restricción de los derechos fundamentales de la persona, consecuencia jurídica ineludible dentro de la materia penal. La jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales no son fuente creadora de delitos o faltas en el Derecho penal. Ni tampoco de ninguna categoría que restrinja derechos. “El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal”²⁶⁶.

El principio de reserva de ley establece que los procesos de criminalización y descriminalización solamente sean posibles mediante leyes ordinarias. Por otro lado, haciendo una interpretación teleológica del artículo 2 inc. 24, literal d) de la Constitución, se concluye que para crear delitos y penas no es suficiente con que dichas normas sean emitidas por el Congreso de la República siguiendo los mecanismos que establece la Constitución, sino que, además es imprescindible que dichos preceptos tengan fuerza activa y pasiva; es decir, por un lado, deben poseer la capacidad para derogar a otras normas jurídicas de igual o menor rango y, por otro, tengan la suficiente capacidad para no ser derogadas por normas jurídicas de menor jerarquía. Esta exigencia constitucional, de indiscutible cumplimiento –y que se conoce como principio de jerarquía normativa- se encuentra consagrada en el artículo 51 de la Constitución, el cual establece que la norma constitucional prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Por tanto, lo sancionado por la norma constitucional excluye la posibilidad de que otras normas jurídicas que tienen rango de ley (v.gr. las resoluciones legislativas, los decretos leyes, los decretos de urgencia, las resoluciones ministeriales, las ordenanzas municipales, los edictos municipales, etc.) puedan crear delitos y penas²⁶⁷.

265 ROXIN, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 97.

266 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Op. cit., p.90.

267 (URQUIZO: 2001: 51).

Finalmente, el principio de legalidad también rige en cuanto a las medidas de seguridad, las consecuencias accesorias de la pena, e, inclusive, respecto a la infracción administrativa, pues, aquellas también se fundamentan en una potestad sancionadora del Estado e inciden irremediabilmente en la libertad del individuo. “El supuesto de legalidad en Derecho Penal. Irretroactividad contra reo. Reserva de Ley. Leyes penales en blanco y competencia indirecta de las CC.AA. Mandato de determinación y elementos normativos. Prohibición de la analogía “*in malam partem*”. “*Non bis in idem*”. Interpretación, interpretación conforme a la Constitución y aplicación creadora del Derecho”²⁶⁸.

6.4. Los subprincipios contenidos en el principio de legalidad

Como ya se ha dicho, el aforismo latino por el cual suele formularse el principio de legalidad debe su origen a Feuerbach y contiene una formula más amplia que la indicada al inicio de éste comentario: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia i certa*.

De allí que, el principio de legalidad abarque dentro de su contenido la reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); la exigencia de taxatividad (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); la exigencia de irretroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) y la exigencia de claridad y determinación (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido del principio de legalidad garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*)²⁶⁹.

Los subprincipios del principio de legalidad, que en realidad son presupuestos o requisitos exigidos para dar cabal cumplimiento a las garantías establecidas en virtud de este principio son cuatro: i) *lege scripta*; ii) *lege stricta*; iii) *lege praevia*; iv) *lege certa*:

i) *Lege scripta* (No hay delito, no hay pena sin ley escrita): La prohibición del derecho consuetudinario en la fundamentación o agravación de la pena.

“El principio de legalidad. La idea de la codificación, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del derecho penal influida por el pensamiento de la Ilustración”²⁷⁰. “El principio de legalidad es entonces no sólo una exigencia de de seguridad jurídica sino una garantía política del ciudadano frente al ejercicio abusivo del *ius puniendi* estatal por parte de los jueces; los juzgadores como

268 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Baldó Lavilla, Francisco; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General, Segunda Edición, JB Ediciones, Barcelona, 1997, p. 62.

269 STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC –Lima, Caso Acción de Inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de Lima contra normas del Código de Justicia Militar, de fecha 15 de diciembre de 2006 (FJ 22).

270 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Op. cit., p. 24.

formula Montesquieu sólo son la boca de la ley; en su función jurisdiccional los juzgadores deberán someterse a este principio neutralizador de la creación judicial del derecho”²⁷¹.

“El principio de legalidad en sede penal no es amplio ni sumamente abierto, sino que se reduce drásticamente, pues sólo una clase de normas de las muchas existentes en el orden jurídico- deben ser tenidas como fuente en las muchas existentes en el orden jurídico deben ser tenidas como fuente en la creación de delitos y penas”²⁷². Esta prohibición es una consecuencia del mandato de que la punibilidad de una conducta sólo pueda ser establecida por ley (principio de reserva de ley). De esa manera se pone en primer plano el carácter escrito del Derecho penal y, por tanto, la exclusión de la costumbre, los principios generales del Derecho y de la jurisprudencia como fuente del Derecho penal para calificar los actos delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables

La “legalidad” requiere ya por su significado literal un Derecho escrito. Consecuencia de ello es que no se pueden crear nuevos supuestos de hecho típicos, ni nuevas agravaciones de la pena por medio del Derecho consuetudinario no escrito. Por ello, en el Derecho penal no es posible la creación judicial de fundamentos de responsabilidad como ocurre, por ejemplo, en el Derecho civil, en materia de “la lesión contractual positiva”²⁷³. “En virtud al principio de legalidad la ley penal es la fuente principalísima del Derecho penal por ser fuente exclusiva en todo lo relativo a la creación o agravación de la responsabilidad criminal (“reserva de ley” en materia penal)”²⁷⁴.

ii) Lege stricta (No hay delito, no hay pena sin ley estricta): La prohibición de la analogía.

Tanto como se busca indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde, de igual modo, se resalta que cuando la ley ha sido dictada, esta tiene que ser la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía.

¿Qué debe entenderse por analogía? La analogía es un método de integración jurídica por el cual la solución regulada para un caso concreto es trasladada por el operador jurídico a otro caso concreto de características similares, pero que carece de previsión legal. La aplicación de la analogía sobre la base de la semejanza se sustenta en el principio de igualdad: “igualdad de hechos, igualdad de derechos”.

La aplicación de la analogía significa la creación de una nueva norma que antes no existía y que procede de la extracción de la norma ya prevista. El juez utiliza

271 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Derecho penal – parte general, Ed. Editorial Rodhas, Lima, 2007, p.141.

272 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 23.

273 ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de setencias, Op. cit., p. 52.

274 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 144.

la analogía para llenar de contenido las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico, ya que la comprobación de la existencia de una laguna legal es pues un presupuesto elemental de toda aplicación analógica del Derecho. La comprobación de la existencia de una laguna legal es pues un presupuesto elemental de toda aplicación analógica del Derecho²⁷⁵.

El principio de prohibición de la analogía derivado del principio de legalidad sirve para la protección del individuo, por ello no se puede objetar nada en contra de la analogía que favorece al autor. La prohibición de la analogía significa su rechazo como fuente creadora o agravante del delito, pues la analogía *in bonam partem*, sí está permitida, como se verá en el comentario al siguiente artículo del Título Preliminar del Código Penal.

iii) Lege praevia (No hay delito, no hay pena sin ley previa): La prohibición de retroactividad.

La “criminalización posterior” pone en peligro la finalidad preventivo-general del Derecho penal, según la cual las normas penales deben motivar a un comportamiento social determinado. También “ponen en jaque” a la propia idea que se tiene del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la dignidad humana, que exigen como mínima garantía de la libertad de la persona el derecho a saber qué puede realizar lo que ahora hace sin miedo a que mañana sea sancionada por ello. Entonces, para que un comportamiento sea punible es indispensable que la ley que lo incrimina y prevé la sanción aplicable sea anterior a su comisión. Este es el llamado efecto de la no retroactividad de ley²⁷⁶.

La prohibición de retroactividad tiene diversos alcances. En primer lugar, prohíbe que un hecho que no era punible durante su realización sea juzgado por una ley posterior. En segundo término, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada pena, le sea aplicada otra pena cualitativamente diferente y más grave contemplada en una ley posterior. En tercer lugar, que un hecho que en el momento de su comisión tenga prevista una determinada cantidad de pena, se le aplique la mayor cantidad de pena prevista en la ley posterior²⁷⁷.

El principio de irretroactividad, sin embargo, no es absoluto, pues, el principio de la retroactividad benigna y el principio de favorabilidad de la ley penal tienen una aplicación preferente reconocida a nivel constitucional en los artículos 103 y 139 inciso 11) de la Constitución Política. En el Derecho penal sustantivo la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. Pero, la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado. Este principio cuenta con desarrollo expreso de nuestra legislación penal, estableciéndose en el artículo 6 del Código Penal que: (...) Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más

275 ESER, Albin. ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales del delito sobre la base de casos de sentencias, Op. cit., p. 59.

276 HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, Op. cit, pp. 162-163.

277 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004, p. 567.

favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

El principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución) ²⁷⁸.

“Según este entendimiento del principio de legalidad, la determinación previa de las leyes penales permite que el ciudadano sepa que conductas puede realizar y cuales no, así como con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de la norma, de manera que pueda sopesar las consecuencias de su accionar y decidirse por una conducta adecuada a Derecho”²⁷⁹. “Si la punibilidad no esta determinada por la ley antes de su comisión, tampoco puede producirse efectos inmediateario alguno, porque nadie puede saber si su conducta está o no castigada”²⁸⁰.

iv) Lege certa (no hay delito, no hay pena sin ley cierta): Mandato de Determinación.

La mera existencia de una ley no brinda todavía la plena seguridad del principio de legalidad. Es claro que si la ley sólo establece fórmulas vacías o de cualquier otra forma indeterminadas su ámbito de aplicación tampoco será previsible. El individuo debe tener la posibilidad de conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder adecuar su comportamiento a ello²⁸¹.

El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley; sino también al Parlamento que la dicta. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al mínimo razonable la posibilidad de decisión personal de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. “El principio jurídico-penal de legalidad, en su vertiente de mandato de determinación o principio de taxatividad. Según este principio, el legislador penal debe expresar la conducta típica del modo más preciso posible”²⁸².

La ley dictada por el Parlamento sólo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que puede considerarse exhaustiva. En principio serán exhaustivas

278 STC Exp. N.º 05565-2007-PHC/TC – Huaaura (Pleno), Caso Manuel Ríos Niño, de fecha 17 de septiembre de 2008 (FJ 5) y STC Exp. N.º 2389-2007-PHC/TC, Caso Lucio Enrique Tijero Guzmán, de fecha 18 de diciembre de 2007 (FJ 4).

279 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, T.I, p.132.

280 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p.104.

281 ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales del delito sobre la base de casos de sentencias, Ed. Colex, Madrid, 1995, p. 53.

282 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Baldó Lavilla, Francisco; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte Generales, Segunda Edición, JB Ediciones, Barcelona, 1997, p.71.

aquellas disposiciones que contengan todos los presupuestos que determinan el supuesto de hecho (tipo) y determinan la consecuencia jurídica²⁸³.

El mandato de ley cierta exige una descripción de las conductas, acciones u omisiones constitutivas de delito, que cumpla las exigencias del principio de seguridad jurídica, lo que impide considerar comprendidos los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el estricto sentido de la palabra, por parte del operador de la ley.

En consecuencia, quedan proscritas las cláusulas generales indeterminadas, tales como, “el que culpablemente infrinja los principios del orden comunista” o “el que incumpla los deberes militares” ya que en estos casos la persona no puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar.

Sin embargo, en el Derecho penal no deben considerarse como necesariamente inconstitucionales las cláusulas generales o los conceptos indeterminados que requieran una valoración judicial siempre y cuando sea posible establecer una base aceptable para la interpretación y aplicación de la norma, utilizando para ello los métodos de interpretación conocidos, de tal forma que el ciudadano tenga la posibilidad de reconocer el valor jurídico protegido por la norma penal y la prohibición de determinados comportamientos así como la posible reacción estatal²⁸⁴.

6.5. Las limitaciones del principio de legalidad y la problemática de las leyes penales abiertas y leyes penales en blanco.

El principio de legalidad se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal. Así, se constituye en una fórmula sintética que expresa el conjunto de límites que surgen del principio de legalidad para circunscribir con absoluta precisión la conducta prohibida o mandada respecto de la cual está enlazado el ejercicio del poder punitivo²⁸⁵.

El subprincipio de *lege certa* es también conocido como principio de determinación porque consiste en una precisión dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. El principio de determinación exige que la ley penal no sea incierta, vaga o que resista interpretaciones contradictorias.

283 BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 75.

284 ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales del delito sobre la base de casos de sentencias, Op. cit, pp. 53-54.

285 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. cit. p. 90.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado que esta exigencia de *lex certa* no puede entenderse en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que “en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso con las posibilidades del lenguaje”²⁸⁶. El mandato de determinación legal no significa que el legislador esté obligado a describir los supuestos de hecho típicos exclusivamente con elementos descriptivos o normativos exactamente determinados.

El Tribunal Constitucional de España ha sostenido que la exigencia de *lex certa* no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficientes seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Nuestro Tribunal Constitucional haciendo suya la interpretación de su homólogo hispánico sostiene que “el grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuales están permitidos (...) una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad”²⁸⁷.

En esta perspectiva, el Derecho penal admite la posibilidad a modo de excepción que existan *tipos abiertos* que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegen al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación. El examen del Código penal admite el uso de figuras penales abiertas en los artículos 145 y 179 “cualquier otro medio”, 154 “u otro medio”, 157 “u otros aspectos”, 161 “u otro documento de naturaleza análoga”, 170, 171, 172, 173, 174 y 176 “u otro análogo”, 185 “o cualquier otra conducta”, 190 “otro título semejante”, 192 “cualquier otro motivo”, 196 “otra forma fraudulenta”, 198 “cualquier medio fraudulento”, el 210 “cualquier otro acto”, 233, 237, 253 y 345 “de cualquier manera”, 238 “cualquier medio”, 268 “cualquier artificio”, 273 “cualquier clase”, 276 y 280 “cualquier otro medio análogo”, 277 “otros medios”, 283 “similares”, 330 “cualquier otro móvil innoble”, 393, 394, 398-A y 400 “cualquier otra ventaja” y 438 “de cualquier otro modo”.

El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. “Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación

286 STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC-Lima (Pleno), Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003 (FJ 46).

287 STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC-Lima (Pleno), Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003 (FJ 50)

típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener “un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término ‘concepto jurídico indeterminado’ se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la *lex certa* (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”²⁸⁸.

A diferencia de los tipos penales abiertos, las *leyes penales en blanco* son aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica de carácter extrapenal. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha señalado que es compatible con la Constitución “la utilización de y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penal conminada (STC 127/90)”²⁸⁹.

La ley abierta es diversa de la ley penal en blanco, y esto ha de entenderse claramente. En la ley penal en blanco, la conducta está precisamente descrita; las formas que esa conducta pueda adoptar, los medios de que puede valerse el delincuente, se ha abandonado a instancias legislativas diversas que agotan la casuística. En la ley penal abierta, en cambio, las incriminaciones son tan amplias que debilitan la función de garantía cumplida por el tipo. En ellas ya no se describe la conducta. Se incrimina, por ejemplo, toda actividad antirrevolucionaria, pero, ¿Cuáles son esas actividades, cuales las conductas que pueden considerarse tales, cuales, en fin las acciones típicas?²⁹⁰

Sin embargo, las leyes penales en blanco pueden adquirir significación constitucional cuando la norma complementadora proviene de una instancia que carece de competencias penales. Ya, que en muchos de estos casos, la técnica de la remisión puede recaer sobre normas de distinta jerarquía normativa, tales como, reglas técnicas pertenecientes a reglamentos o incluso a cualquier cuerpo normativo infralegal procedentes de entidades privadas sin poder estatal. Citando el caso español, BACIGALUPO pregunta: ¿Bajo qué condiciones una norma sin jerarquía legal (leyes de comunidades autónomas, reglamentos, ordenanzas municipales) pueden complementar una ley penal en blanco?²⁹¹. De todos modos, es evidente que tanto para el precepto en remisión a la norma extrapenal como para la propia pena son de aplicación las mismas reglas, por lo que, la limitación deberá ser autorizada

288 STC de España Nº 69/1989 citada en: STC Exp. N.º 010-2002-AI/TC-Lima (Pleno), Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003 (FJ 48).

289 BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, Ed. Akal, Madrid, 1998, pp. 99-100.

290 FRAGOSO, Heleno Claudio, En el pensamiento de FRAGOSO, la formulación del principio de reserva considerado desde un punto de vista técnico con significación en el Derecho Penal sustantivo debe incluir tres artículos: “No hay crimen sin la ley anterior que defina, en forma inequívoca la acción u omisión punible” Nadie puede ser sometido a una pena que no corresponda a una conminación legal expresa anterior al hecho. “No hay pena sin culpabilidad”. En el primero de estos artículos destaca el empleo de la expresión “inequívoca”. Se ha puesto el acento en dicha locución, pues con ella se pretende evitar la dictación de leyes abiertas. Comisión para la Elaboración del Código Penal Tipo, Op. cit., p. 27.

291 Ibid, p. 101.

por ley o por normas con fuerza o rango de ley de conformidad con la garantía de *lege scripta* contenida en el principio de legalidad en los términos anotados anteriormente.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “La inhabilitación como pena accesoria se impone cuando el hecho punible constituye abuso de autoridad, de cargo, profesión, oficio poder, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley; que advirtiéndose que la Sala Superior, infringiendo el principio de legalidad contenido en el artículo segundo del Título Preliminar del Código sustantivo, impuso esta pena no establecida en la ley, ha incurrido en ese extremo en causal de nulidad” (Ejecutoria Suprema de fecha 07.10.2004 de la Sala Penal Transitoria R.N. N° 3330- 2003 – Tacna, considerando 4)
- 2) “a) Que la doctrina y la jurisprudencia identifican como agente provocador a quien con su conducta pretende inducir a otro a cometer un delito con la finalidad de obtener pruebas de su voluntad y proceder delictivo. Que, sin embargo, el agente provocador no persigue la consumación del delito al que induce. De allí que la doctrina considere que debe quedar impune porque actúa sin dolo, José Hurtado Pozo señala al respecto: "El agente provocador es quien determina a otro a cometer el delito, pero, sin querer que lo consume y sólo con el propósito de que se le detenga al delincuente, generalmente se admite su impunidad en razón a que no quiere que se realice la infracción" (Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición. Lima, 1987, página 541. En ese mismo sentido Cfr. Santiago Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Barcelona. España 1996, páginas 401 -4002). b) que las causas de atipicidad son aquellas que impiden la adecuación de la conducta a los presupuestos de un tipo penal y, por lo tanto, excluyen la tipicidad de la conducta; la congruencia entre el tipo penal y el comportamiento del sujeto debe ser plena, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, de lo contrario la conducta deviene en atípica; en este proceso de subsunción el principio de legalidad funciona como garantía para el sujeto, dado que éste no puede ser procesado por la realización de comportamientos diferentes a los establecidos en el ordenamiento jurídico como constitutivo de un hecho punible. c) que siendo ello así, en el caso *sub judice*, los procesados actuaron como agentes provocadores, con la finalidad que los sentenciados Félix Pingus Santiago y Marcelo Chingo Peralta, puedan ser descubiertos y sancionados, para lo cual actuaron con la anuencia de César Alejandro Salazar Castañeda, Mayor de la Policía Nacional del Perú, y del Representante del Ministerio Público. (Ejecutoria Suprema de fecha 11. 03. 2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N°: 002809-2004 – Amazonas- considerando 4)

- 3) “Que asimismo, en cuanto al objeto material del delito de receptación, la doctrina penal, nacional y extranjera, han establecido dos teorías: la teoría en cadena y la receptación sustitutiva; estando la primera subsumida dentro del tipo penal del artículo 194 ya citado, cuando una persona acepta o dispone de un bien ya receptado anteriormente por otra (es decir, que el objeto material es el mismo del delito originario); mientras que según la segunda teoría, la receptación abarca todos aquellos supuestos en los que un sujeto, conocedor de la actividad delictiva previa que es desarrollada por otro, le recibe un objeto que no es el que directamente procede de la infracción anterior, sino que es obtenido mediante una operación comercial en el bien receptado -venta, compra, permuta como base, aquello que sé consiguió con la infracción precedente, circunstancias estas, que recién han sido tomadas en cuenta por la "Ley contra el Lavado de Activos"; Ley N° 27665 publicada, en el Diario Oficial "El Peruano " con, fecha 27 de junio del 2002. Quinto.- Que en consecuencia, basados en la imputación existente en contra del citado procesado, se tiene que la conducta que le ha sido atribuida, se enmarcaría dentro de los presupuestos de la receptación sustituta, modalidad que es acogida recientemente en la precitada ley de lavados de activos, ya que al momento de la denuncia incoada en contra del procesado José Daniel Flecha Zalba, éste tipo penal aún no estaba criminalizada, por lo que en el presente caso es de aplicación el "principio de legalidad" previsto en nuestro ordenamiento constitucional y penal, respecto a que la ley aplicable es la vigente al momento de la comisión del hecho punible. (Ejecutoria Suprema de fecha 13.01.2004. de la Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 2521-2003 –Lima, considerandos 4 y 5)
- 4) “La Constitución Política de 1993 en materia de aplicación temporal de la ley penal sustantiva consagra, en primer lugar, que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando ésta favorece al reo –artículo 103°, segundo párrafo-; y, en segundo lugar, que en caso de conflicto entre leyes penales se debe aplicar la ley mas favorable al procesado –artículo 139°, literal 11-. Ambas disposiciones constitucionales, vinculadas a su vez, al principio limitador, *ius punendi*, que es el de legalidad (artículo 2°, numeral 24°, literal e, de la Ley Fundamental) y, dentro de el, a la denominada garantía criminal, asociada entre otras a la exigencia genérica de prohibición de retroactividad (*lex praevia*) consagran, de un lado y como la regla general, el principio *tempus regit actum*, y de otro lado como excepción común al Derecho Penal, la exigencia de la ley previa que expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición, -una ley penal de esas características solo tiene efectos *ex nunc*, no *ex tunc*- y que, a su vez, garantiza la vigencia material del principio de seguridad jurídica: solo si una conducta esta previamente prohibida puede el ciudadano saber que si la realiza incurre en responsabilidad, solo así puede acomodarse a la ley, y disfrutar de seguridad en su posición jurídica”. (Voto en Minoría de los Señores Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca y Calderon Castillo en

relación al Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-1163-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia sobre Combinación de Leyes o unidad en la aplicación de las leyes, publicado en el Diario Oficial El Peruano, en fecha 29.12.2006)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de legalidad, conocido por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es el límite principal al ejercicio del *ius puniendi*. El mismo permite que todo ciudadano conozca de modo anticipado y preciso qué comportamientos están prohibidos como delitos y cuál es la pena que corresponde a los mismos. De ese modo, el principio de legalidad somete el Derecho penal a la ley, de modo que nadie puede ser castigado, sino por hechos definidos como delitos o faltas en una ley anterior a su comisión, ni imponérsele sanciones distintas de las previstas por dicha ley.
2. La importancia del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano ha determinado que se encuentre claramente establecido en el artículo 2 inciso 24; literal d) de nuestra Constitución en vigor. Ello es consecuencia de la protección a la libertad que recibe el individuo en el texto constitucional, en el artículo 2 inciso 24; literal a) de la Carta Política de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. La fuente constitucional directa estuvo en el artículo 20; inciso a) de la Constitución de 1979.
3. En un sentido formal, el principio de legalidad significa que el Estado solo puede tipificar delitos y penas por ley previa y de contenido inequívoco y exacto. En un sentido material, el principio de legalidad constituye una garantía de la libertad de los ciudadanos frente a todo acto de poder estatal.
4. El principio de legalidad penal se configura en dos ámbitos complementarios, como principio y como derecho subjetivo. El principio de legalidad se manifiesta, como principio, en la teoría de las fuentes del derecho penal y en la técnica de la elaboración de las leyes; y, como derecho subjetivo, en el ámbito de las garantías individuales. En la teoría de las fuentes del Derecho penal, el principio de legalidad impone la reserva absoluta de la ley en materia penal. En la técnica de elaboración de las leyes, el principio de legalidad exige la observancia de dos principios, claridad y taxatividad, tanto al describir la conducta, como al establecer la pena o medida de seguridad. En el ámbito de las garantías individuales, el principio de legalidad consagra en beneficio de la persona cuatro garantías (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución) que aseguran al ciudadano la sujeción de la actividad punitiva a la ley.
5. El principio de legalidad comprende cuatro garantías: i) garantía criminal; ii) garantía penal; iii) garantía jurisdiccional o procesal; y iv) garantía de ejecución. Las dos primeras se encuentran recogidas por el artículo que se

está comentando, mientras que la tercera y cuarta han sido previstas en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Penal. La garantía criminal significa que sólo la ley define las acciones u omisiones consideradas como delitos. La garantía penal determina que nadie pueda ser castigado por la comisión de un delito o una falta con una pena que no haya estado prevista por ley anterior a su perpetración. La garantía jurisdiccional o procesal se encuentra prevista de manera directa en los artículos 139; incisos 3 y 10 de la Constitución, que supone que los jueces y tribunales deben ser fijados por la ley, según las normas de competencia y procedimiento que estas mismas han previsto. Finalmente, la garantía de ejecución determina la actividad penitenciaria se desarrolle dentro del marco del principio de legalidad.

6. Los subprincipios del principio de legalidad en realidad son presupuestos o requisitos del mismo. Estos son i) *Lege scripta* (No hay delito, no hay pena sin ley escrita): La prohibición del derecho consuetudinario en la fundamentación o agravación de la pena. La ley es la fuente exclusiva en todo lo relativo a la la responsabilidad criminal (“reserva de ley” en materia penal)” ; ii) *Lege stricta* (No hay delito, no hay pena sin ley estricta): La prohibición de la analogía. La misma significa el rechazo de este mecanismo como fuente creadora o agravante del delito, pues la analogía in *bonam partem*, sí está permitida; iii) *Lege praevia* (No hay delito, no hay pena sin ley previa): La prohibición de retroactividad. (aplicación inmediata de la ley penal). La aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. Evidentemente se exceptúa el principio de la retroactividad benigna y el principio de favorabilidad de la ley penal, reconocidos en los artículos 103 y 139 inciso 11) de la Constitución Política; iv) *Lege certa* (no hay delito, no hay pena sin ley cierta): Mandato de Determinación. Están prohibidos los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria.
7. El subprincipio de *lege certa* es también conocido como principio de determinación. El principio de determinación proscribe la creación de “leyes penales abiertas”, que significan la creación de incriminaciones tan amplias que debilitando la función de garantía cumplida por el tipo impiden conocer con precisión qué comportamientos están o no prohibidos dentro de un tipo penal. El mismo principio exige que la ley penal no sea incierta, vaga o que resista interpretaciones contradictorias. No obstante, la exigencia de *lex certa* no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia.
8. Las “leyes penales en blanco” son aquellas cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma de carácter extrapenal. Es compatible con la Constitución la utilización de leyes penales en blanco, siempre que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite. Las

leyes penales en blanco deben ser autorizadas por ley o por normas con fuerza o rango de ley.

§ 4. EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA DE LA LEY PENAL

I. INTRODUCCIÓN

La prohibición de la analogía como fuente creadora de delitos es un presupuesto del principio de legalidad. Este precepto merece atención singular por parte de nuestro ordenamiento jurídico debido a que la analogía es una técnica jurídica que se encuentra permitida en todas las ramas del Derecho para superar las deficiencias del sistema normativo, encontrando soluciones jurídicas a casos no previstos legislativamente para satisfacer así el principio constitucional de no dejar de administrar justicia por defecto o vacío de la ley.

La analogía es una técnica de aplicación o integración que traslada una norma ya existente a un supuesto semejante pero que no ha sido expresamente normado. La aplicación de normas por analogía procede cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón. “La analogía consiste en aplicar una regla jurídica a casos, a los que ciertamente no se ajusta su tenor literal directamente, pero que son tan similares al caso regulado expresamente que parece conveniente ajustarles el mismo tratamiento”²⁹².

La única excepción a la aplicación de la analogía es la prohibición de utilizar este método para calificar un hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad, determinar una pena o medida de seguridad, y, en general, emplearlo para restringir sea de la forma que sea derechos fundamentales. Ello ha sido denominado analogía *in malam partem*. En cuyo caso la solución siempre deberá ser la no incriminación o no agravación de la situación jurídica del individuo, como respuesta obligatoria del principio de legalidad.

La prohibición de la analogía *in malam partem* evita que mediante este mecanismo la voluntad del legislador pueda verse suplantada en cualquier momento por la voluntad del interprete judicial o administrativo, lo cual tornaría el principio de legalidad en un enunciado hueco. La aplicación analógica atentaría a la irretroactividad de las leyes penales, puesto que, como se ha dicho en la doctrina, el Juez, al realizar la operación analógica, lo hace forzosamente “*ex pos facto*”, no pudiendo ser conocida ni prevista por el reo²⁹³. “Este principio se convierte en una verdadera garantía que tiene el individuo, ya que únicamente podrá ser penado cuando su conducta encuadre en un delito previamente tipificado en la ley penal”²⁹⁴.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

292 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 105.

293 LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal. Parte general. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 52-53.

294 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Garantías constitucionales en materia penal, Ed. Editorial Astera, Buenos Aires, 1996, p.77.

Artículo III.- “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”²⁹⁵.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

No regula sobre el particular

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

No regula sobre el particular

Código Penal de Guatemala

Artículo 7.- Exclusión De La Analogía: Por analogía, los jueces no podrán crear figuras delictivas ni aplicar sanciones.

Código Penal de Haití

²⁹⁵ Artículo III – Anteproyecto de 2004.- “Está prohibida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde. La analogía sólo procede a favor del reo.”

Artículo III –Anteproyecto de 2009.- “Está prohibida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde. La analogía sólo procede a favor del reo.”

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 10.- Interpretación extensiva y aplicación analógica
Se prohíbe en materia penal la interpretación extensiva y la aplicación analógica para:

- a) Crear delitos, faltas, circunstancias agravantes de la responsabilidad, sanciones o medidas de seguridad y consecuencias accesorias no previstas en la ley;
- b) Ampliar los límites de las condiciones legales que permitan la aplicación de una sanción, medida de seguridad y consecuencia accesoria;
- c) Ampliar los límites de las sanciones, medidas de seguridad y consecuencias accesorias previstas legalmente.

Por el contrario, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo.

Código Penal de Panamá

No regula sobre el particular

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

Art. 2.- Prohibición de analogía: No podrá imponerse sanción alguna, mediante aplicación analógica de la ley penal

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

La prohibición de la analogía *in malam partem* se encuentra regulada expresamente y de modo autónomo respecto al principio de legalidad en la Constitución de 1993. El artículo 139; numeral 9 de la Carta de 1993 establece, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restrinjan derechos”. Lo cual, complementa el sentido garantista del principio de legalidad, previsto en el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución en vigor. El mismo que *per se* impide que puedan aplicarse analógicamente las normas penales para fundamentar algún tipo de responsabilidad penal en una persona. Pues, aquello entraría en expresa contravención del subprincipio de taxatividad de la ley penal cuyo contenido se expresa a través del aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

El artículo 233 inciso 8 de la Constitución de 1979, cuyo texto fue la fuente directa del principio de proscripción de la aplicación de la analogía *in malam partem* en materia penal en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal de 1991, como garantía de la administración de justicia consagró: “La inaplicabilidad por analogía de la ley penal”. El texto del que consagra el principio de prohibición de la analogía *in malam partem* contiene una mejora en la Constitución de 1993. Lo cual, a su vez, ha sido generalizado a legislación ordinaria de carácter extrapenal en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1984, que dispone: “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. Igualmente, el numeral 3 del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal de 2004 establece²⁹⁶: “La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos”.

La razón de la mejora en la regulación del principio de prohibición de la aplicación de la analogía *in malam partem* de leyes penales o de normas que restrinjan derechos en nuestra Carta Política en vigor radica en que la formula constitucional actual en torno a la proscripción de la analogía está referida a descartar el recurso a la misma

296 Código Procesal Penal del 2004. Artículo VII del Título Preliminar. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal: “1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. 4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”. “Interpretar restrictivamente significa dar el sentido más restringido del texto, el carácter riguroso de la interpretación al limitar el contenido de la ley, al procurar una mínima protección a los derechos procesales”. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Exégesis del nuevo Código Procesal Penal, Ed. Rodhas, Limas, 2007, p.114.

respecto a cualquier tipo de ley que restrinja derechos fundamentales y no sólo limitar los efectos de este principio garantista direccionándolo únicamente en lo que respecta a leyes penales, tal como afirmaba la Constitución de 1979. Ello incluye proscribir la aplicación de la analogía de normas restrictivas de derechos sea cual fuese su naturaleza, esto es, administrativa, tributaria, laboral, procesal, etc. El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha sostenido que: “las causales establecidas en el Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia de la demanda no deben ser extendidas o ampliadas a través de la interpretación o la analogía para hacer calzar dentro de ella cuestiones que constituyen simple regulación de la competencia y que por lo tanto *per se* no constituyen causales de improcedencia de la demanda”²⁹⁷. Lo importante en la labor de verificar si resulta viable o no la aplicación la analogía, radica en establecer si existe o no como consecuencia de la misma una situación de restricción de derechos o de mayor agravación, ya que siempre que el resultado sea generador de un derecho, esto es, *in bonam partem*, o, al menos, no perjudicial, la misma debe ser aceptada²⁹⁸.

Como es de verse, en el ordenamiento jurídico peruano se regula la prohibición de analogía de manera distinta, siendo inexplicablemente las regulaciones constitucional y civil mucho más amplias y, por tanto, de mejor cobertura que la regulación penal. En efecto, se tiene que en el texto constitucional y en el Título Preliminar del Código Civil se regula la prohibición de analogía genérica y ancha que se aplica a todo el ordenamiento jurídico indistintamente (Derecho Civil, Administrativo, Comercial, Procesal, etc.), y por el cual una norma jurídica, sea del nivel que fuere, no puede aplicarse a un caso no regulado si es que con ello se está “restringiendo derechos”. Con tal proceder, la Constitución y el Título Preliminar del Código Civil nos están señalando, a *contrario sensu*, que la analogía está permitida en el ordenamiento jurídico peruano en dos supuestos: a) cuando favorece o beneficia concediendo algún derecho a quién no tiene regulado su caso en una norma específica; y b) cuando la aplicación de la analogía no reporta ningún beneficio, sino sólo la declaración de derechos o la eliminación con ello de una incertidumbre jurídica (campo no contencioso)²⁹⁹.

De modo que, el principio de legalidad proscribire la aplicación de la analogía *in malam partem*, porque precisamente a través del procedimiento analógico, se trata de determinar una voluntad restrictiva de derechos que no existe en las leyes y que el propio legislador debió haber manifestado en ellas, previamente y de manera clara, para que la misma pueda emitir el mensaje comunicativo que contiene al ciudadano, respetando el derecho a la libertad personal y seguridad individual, consagrado en su definición *negativa* (porque no establece el alcance de la libertad sino que niega sus límites), en la máxima constitucional “nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución.

297 “La razón de ello estriba, en el principio general del derecho: ‘Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente’”. STC N.º 01385-2010-PA/TC, La Libertad, Caso José Ramón Seminario Ríos, de fecha Lima, 19 de julio del 2010 (FJ. N.º 6)

298 El ordinal “a” del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona (...), limitarlos (los derechos y libertades reconocidos en la Convención) en mayor medida que la prevista en ella”.

299 URQUIZO OLAECHEA, José, El principio de legalidad, Ed. Gráfica Horizonte S.A., Lima, 2000, p. 95.

V. CONCEPTO

“La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley”³⁰⁰. La palabra analogía proviene de las raíces griegas *anas* y *logon* (según la razón). La analogía consiste en aplicar al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar, sobre la base de que resulta razonable que estando ante dos hechos semejante corresponda aplicar un mismo derecho. “La analogía es la semejanza en los elementos esenciales de dos hechos o mas hechos o cosas que permiten a una decisión jurídica imponer la misma consecuencia”³⁰¹.

La analogía significa trasladar las normas ya existentes en el derecho positivo para un caso a otro que carece de regulación pero que presenta características semejantes. La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía *legis*) o están deducidos de los principios generales del derecho (analogía *juris*)³⁰². “Para el profesor alemán Claus ROXIN, “analogía es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (de los casos)”³⁰³.

En consecuencia, en aquellos casos en los cuales el juez se encuentra ante una laguna o vacío del Derecho positivo, al no existir preceptos expresos dentro del ordenamiento jurídico, debe sobrepasar dicha insolvencia aplicando al caso no expresamente previsto los preceptos normativos del caso que sí se encuentra previsto. “Por ello constituye un principio de interpretación generalmente aceptado el que se pueda aplicar a un caso no expresamente previsto por la ley un precepto que prevé casos análogos”³⁰⁴.

Sin embargo, el principio de prohibición de la analogía *in malam partem* supone un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos y penas; o sea, que se encuentra prohibida toda interpretación analógica o extensiva mediante la cual se haga viable incriminar conductas o comportamientos que no se aprecien expresa, clara y previamente en la descripción típica, sean cuales fueran las afinidades, analogías o parecidos con los elementos comprendidos en el tipo. De ese modo, “la analogía no puede crear delitos (tipos de injusto) ni penas, ni en general disposiciones que aumenten la intervención del Estado”³⁰⁵. “En el derecho penal se prohíbe la analogía, es decir, la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos y en perjuicio del autor del hecho”³⁰⁶.

300 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Op. cit., p.90.

301 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 141.

302 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Op. cit., p.90.

303 NOGUERA RAMOS, Iván, Op. cit., p. 125.

304 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 35.

305 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Derecho penal – parte general, Op. cit., p. 145.

306 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p. 34.

VI. CONTENIDO

6.1. El fundamento de la analogía

“La prohibición expresa de la aplicación por analogía, la existencia de la ley anterior al hecho del proceso podría convertirse en letra muerta”³⁰⁷. “El juez sólo debe aplicar la ley, no puede crear ni alterar, en el caso concreto, el sentido de las mismas dando nacimiento a una suerte de tercera norma”³⁰⁸. “La prohibición de la analogía en Derecho penal, está unida a la necesidad, por parte del órgano de administración de justicia, de solventar seguridad jurídica en las sentencias judiciales; por ello, ante el peligro que los actos de quien corresponde aplicar la ley. Que al mismo tiempo se atribuya crearla – puedan resultar dudosos y ausentes de independencia judicial”³⁰⁹.

No obstante, el impulso a utilizar la analogía es completamente natural. “La analogía no es problema estrictamente jurídico, sino que se trata de una cuestión lógica con repercusiones en el razonamiento jurídico cotidiano”³¹⁰. Por ello, todo operador parte por considerar que el sistema jurídico, como tal, obedece a ciertas verdades científicas, por lo qué, resulta lógico presuponer que cuando hay identidad entre hechos deba corresponder también identidad respecto al derecho aplicable. Además, el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley es un principio y derecho de la función jurisdiccional, establecido en el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución, acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, que obliga al juez a otorgar siempre esta tutela, sin que pueda eximirse en la ausencia o confusión de una norma de derecho material que le permita resolver el fondo de la controversia.

En este marco jurídico, la analogía aparece como el mecanismo idóneo –con mayores beneficios que la aplicación de los principios generales del derecho y la costumbre– para cubrir las lagunas o vacíos originados por la imposibilidad fáctica que tiene el legislador de prever todos y cada uno de los supuestos que ocurren en una realidad social. La analogía es el instrumento por excelencia para asegurar el funcionamiento orgánico del ordenamiento jurídico debido a que lo integra en un “todo” colmando sus lagunas. “La analogía no crea un derecho nuevo, descubre uno ya existente, integra una norma establecida para un caso previsto por el legislador a otro patentado por la vida social. Asimismo, no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado”³¹¹.

Los elementos comunes a todo caso donde se aplique la analogía son tres: i) En la realidad se presenta un caso cuyo supuesto de hecho no se encuentra contemplado de manera directa en algún precepto normativo de nuestro ordenamiento jurídico; ii) por otro lado, dentro de nuestro ordenamiento existe una norma que contempla directamente un supuesto de hecho distinto de tal caso; iii) Sin embargo, entre ambos supuestos de hecho (entre el caso a decidir y el supuesto de hecho previsto por una norma) hay una similitud, semejanza o parecido, que *a priori* lleva al observador de

307 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Código Penal Anotado, Op. cit., p. 133.

308 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 121.

309 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p.159 .

310 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 143.

311 NOGUERA RAMOS, Ivan, Op. cit., , p.123.

dicha realidad a aplicar los criterios del supuesto normado al supuesto no regulado a efectos de encontrar una solución al caso que se le presenta.

La analogía permite trasladar una regla jurídica de un caso regulado a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento su semejanza o identidad. Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto (*analogía legal*) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (*analogía jurídica*).

6.2 El presupuesto de la analogía

La analogía cobra existencia y razón de ser únicamente cuando se cumplen ciertos presupuestos, tales como, la existencia de lagunas en el Derecho. Los *vacíos legales* o *lagunas legales* significan la carencia por parte del ordenamiento jurídico de una regulación específica para un caso o conjunto de casos que deja al juez en la imposibilidad de solucionar el problema recurriendo a los diversos tipos de interpretación de la ley (por ejemplo, literal, teleológico, sistemático, etc.) y lo único que le queda es integrar el Derecho³¹². “La analogía (es decir, la aplicación de una regla jurídica a casos similares) es, por tanto, uno de los medios que hacen posible encontrar un precepto adecuado en toda cuestión jurídica”³¹³.

6.3. La analogía *in bonam partem* e *in malam partem*

La Constitución, como exponíamos, en su artículo 139; numeral 9, expresamente hace alusión a la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos; lo cual también es acorde a lo estipulado por el Código Civil, donde el artículo IV de su Título Preliminar señala literalmente “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”. La analogía *in malam partem* está expresamente proscrita a todo nivel de nuestro ordenamiento jurídico.

La prohibición de la analogía *in malam partem* no solamente se encuentra dirigida a prohibir su aplicación, como técnica de integración del ordenamiento jurídico, a efectos de calificar un hecho como delictivo o falta, o para definir o determinar un estado de peligrosidad, una pena o una medida de seguridad, ya que también excluye la posibilidad que esta sea utilizada para configurar o determinar agravantes, reglas de conducta, consecuencias accesorias y, en general, cualquier categoría que proceda de normas que restringen derechos.

La argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida en la medida en que opere en *perjuicio* de aquél; pues para un supuesto que sólo sea similar al regulado en la ley, no está fijada o determinada legalmente la punibilidad³¹⁴. En consecuencia, hay que advertir que solamente la aplicación de la analogía *in malam partem* está prohibida, ya que la analogía *in bonam partem*, en virtud de ser favorable para el reo (*principio de favorabilidad*), es acorde con nuestro ordenamiento constitucional-penal.

312 URQUIZO OLAECHEA, José; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004, p. 77

313 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 106.

314 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 140.

La analogía favorable (*in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Por ejemplo: interpretación que extienda analógicamente circunstancias atenuantes o causales de exclusión de la punibilidad. Siguiendo esta idea, de *lege ferenda* el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal 2004, en su artículo III in fine del Título Preliminar reconoce que “la analogía sólo procede a favor del reo”³¹⁵. De modo que, “Se establece que la analogía puede ser *in bonam partem* o *in malam partem*, según sea favorable o no al imputado. De ellas, se acepta en doctrina que, si la analogía resulta en favor del agente (*in bonam partem*), si puede ser aceptada; mientras que si lo perjudica (*in malam partem*), ella es rechazada, por cuanto afectaría incluso el principio de legalidad”³¹⁶.

En lugar de utilizar la clasificación de analogía *in bonam e in malam partem*, algunos prefieren categorizarlos en *analogía permitida y prohibida*. De esa manera, obtenemos la siguiente clasificación final³¹⁷:

- a) *analogía legis permitida*, v. gr. Hacer que la palabra “enfermedad mortal (artículo 113 Código Penal), incluya a la “lesión mortal”; insertar entre los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños (artículo 208 referido a excusas absolutorias) al delito de receptación o brindar al “peligro futuro” los efectos del “peligro actual” (artículo 20; inc. 3 Código Penal);
- b) *analogía legis prohibida*, v. gr. Castigar el adulterio como bigamia, un parricidio sobre la base del matrimonio religioso, considerar casa habitada un remolque, nocturnidad la oscuridad de un cine, crear una posición de garante basándonos en la moral o la ética o la aplicación de consecuencias accesorias v. gr. Comiso de ganancias de personas jurídicas para el decomiso de las ganancias de las personas naturales. En Alemania, se manifestó al castigar la ofensa a cadáver no sepultado como ultraje de tumbas, o el sentarse en las calles como un acto de violencia y, en España, al castigar la firma de persona inexistente como una falsificación de firma;
- c) *analogía iuris permitida*, v. gr. La disminución de la pena del cómplice primario *extraneus* en los delitos de función y el efecto favorable del error invencible sobre una circunstancia atenuante;
- d) *analogía iuris prohibida*, un ejemplo de este tipo de analogía lo da la jurisprudencia alemana cuando se equiparó un carruaje a tiros a un automóvil a efectos de configurar una circunstancia agravante de la pena en el delito de hurto de madera.

El Tribunal Constitucional ha considerado que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de

315 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op. cit., p. 91.

316 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p.159.

317 SANCHEZ MERCADO, Miguel Angel; en *Dialogo con la Jurisprudencia*; Ed. Gaceta Jurídica, N° 93, año 11, junio 2006, pp. 189-190.

determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. Por ejemplo, en aquellos casos en los que al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. (Prohibición de la Analogía *in malam partem*)³¹⁸.

6.4. La distinción entre analogía, interpretación extensiva e interpretación analógica

Interpretar significa explicar el sentido de una cosa oscura o dudosa. A diferencia del caso de la analogía, que se presenta en los casos de vacío o laguna normativa, la *interpretación* se presenta cuando la ley existiendo requiere de una operación intelectual de abstracción por parte del operador jurídico, previa a su aplicación, por resultar el texto de la misma, en la mayoría de las veces, deficiente.

La interpretación se clasifica en seis categorías distintas: i) *interpretación declarativa o estricta*, cuando el precepto jurídico es entendido tal como emana claramente del propio texto legal; ii) *interpretación extensiva*, cuando se considera comprendido en la ley un caso, así éste no aparezca directamente dentro del contenido del texto legal, sino luego de una labor intelectual del interprete ejercida dentro de la propia *ratio legis* de la norma; y iii) *interpretación restrictiva*, cuando se excluyan los casos que, aunque en apariencia están comprendidos dentro de la ley, no se correspondan con su finalidad; iv) *interpretación abrogante*, cuando en virtud del método sistemático se permite la no aplicación de un precepto siempre que esté en posición irreductible con otras normas jurídicas; v) *interpretación modificativa*, cuando se descubre en el texto un significado diferente, de modo que el nuevo sentido representa una modificación frente al primitivo sentido (obra jurisprudencial); vi) *interpretación correctiva*, cuando se superan los errores literales de la ley sobre la base del método lógico.

La *analogía* ha sido diferenciada de la *interpretación extensiva* debido a que, en la analogía, el caso que se examina no está regulado ni siquiera de manera implícita. En la interpretación extensiva, el interprete se torna señor de la voluntad de la ley, la conoce, dando un alcance más amplio a los vocablos empleados por el legislador, para que corresponda a esa voluntad, mientras que en la analogía, lo que se extiende y amplía es la propia voluntad de la ley, con el fin de que se aplique a un caso concreto una norma que se ocupa de un caso semejante.

La *interpretación extensiva* se presenta en los supuestos en los cuales el texto de la ley, en su literalidad, dice menos que aquello que la voluntad de la ley ha querido decir. En consecuencia, conocedor de la voluntad de la ley, el intérprete amplía el significado natural de las palabras empleadas, para hacerlas coincidir con la voluntad real de la ley. “Se aplica una ley a un hecho que no esta claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad, esto lo que busca la *volunta legis* en

318 STC Exp. N.º 2289-2005-PHC/TC.

cuanto a la finalidad del legislador de cobijar en el ámbito de protección, determinadas conductas, poseer aptitud de lesión a un bien jurídico tutelado³¹⁹.

En la interpretación extensiva se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad. En la analogía, la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes a los comprendidos en la misma³²⁰. Por ejemplo, en el artículo 139º del Código Penal (bigamia), que establece como supuesto de hecho: “el casado que contrae matrimonio”, se puede incluir la hipótesis de que el casado contraiga varios matrimonios, ya que sería absurdo que alguien argumente que por haber contraído tres o más matrimonios no está incurso dentro del tipo penal anteriormente descrito.

Las diferencias entre *analogía* e *interpretación extensiva* pueden sintetizarse en tres ideas centrales: i) en la interpretación extensiva el caso está implícitamente incluido en el texto legal, en la analogía no; ii) en la interpretación extensiva se sigue la particularidad de la regla general prevista en la ley para el caso, mientras que en la analogía simplemente hay dos casos no iguales pero semejantes; iii) en la interpretación extensiva se complementa la norma existente, en la analogía se integran los vacíos del derecho positivo creando una norma anteriormente inexistente.

La interpretación extensiva es lícita, pues no se opone al principio de legalidad. El viejo aforismo *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda* es contrario al fin de la interpretación, que consiste en descubrir el sentido o voluntad de la ley, que puede haber hallado expresión imperfecta en su tenor literal. De aquí que sea necesario, en ocasiones, realizar una interpretación restrictiva (si la letra de la ley va más allá de su espíritu) o extensiva (si el tenor de la ley no comprende todos los casos a los que se extiende su voluntad. Ahora bien, el sentido de la ley tiene que haber hallado expresión, aunque imperfecta, en su tenor literal. La interpretación ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto³²¹.

Igualmente, la *analogía* ha sido distanciada de la *interpretación analógica* o *intra legem*, puesto que esta última se hace en virtud de la ley, cuando determina que se aplique analógicamente el precepto; o sea, está permitida cuando a la formula casuística le sigue una genérica, debiéndose aceptar que ésta comprende casos semejantes o análogos a los mencionados por aquellos, tal como ocurre en el Art. 108 Código Penal³²². En la interpretación analógica, la norma remite a conceptos existentes en la propia norma cuya delimitación se confía al operador jurídico. “Proscribimos la analogía, porque no está en la voluntad de la ley incriminar los actos que con ella se captan; la interpretación analógica es forzosa admitirla, porque hay casos en que la ley ha previsto que la formula casuística empleada no comprenda

319 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 145.

320 CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, T. I. Ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 171.

321 CEREZO MIR, José, Op. cit., pp. 171-172.

322 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto, en: BRAMONT ARIAS, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Eddili, Lima, 2005, p. 32.

todas las hipótesis y agrega una frase más o menos exacta, para que el juez la aplique a hechos similares o análogos”³²³.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “Que estos efectos penales, según el artículo 245; 3) del Código penal, modificado por la Ley N° 26613, se consideran funcionarios o servidores públicos a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo contractual de cualquier naturaleza con un organismo público y que en virtud de ellos ejerce funciones en dichos organismos; que, en el caso de autos, el encausado, por la Empresa individual de Responsabilidad Limitada que detentaba, realizada servicios de supervisión de una obra sujeta a contratación pública (lo que importa en función a su ámbito de intervención una incorporación efectiva a la actividad pública y el ejercicio de la función pública); que, por ende, en función a un contrato con el Estado el imputado realizada funciones de supervisión que un órgano público – PROVIAS RURAL- le delegó en virtud a un título contractual válido, el cual además lo identificaba como representante autorizado de la empresa individual que constituyó al efecto, en consecuencia, como muy bien invocó la sentencia de instancia, es de aplicación el artículo 27 del Código Penal que regula institución del actuar en nombre de otro, porque realizaba la supervisión como representante autorizado de la indicada persona jurídica y, en esa calidad –según los cargos- solicitó dinero y lo obtuvo para realizar un acto en violación de sus obligaciones; que la invocación de ese dispositivo en nada configura un supuesto de analogía prohibida, pues se trata de una norma cuyo objeto, como se sabe, es cubrir vacíos de punibilidad en los delitos especiales (es una cláusula de extensión de la autoría, que permite considerar autores a quienes en principio no lo puedan ser por adolecer de un elemento especial de autoría cuyo destino son los delitos especiales)”. (Ejecutoria Suprema de fecha 27.04.2007. de la Sala Penal Permanente R.N. N° 5134-2006 – Cusco, considerando 3)
- 2) “Segundo.- Que de acuerdo al artículo 86 del Código Penal, último párrafo, el plazo de prescripción de la pena se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme, esto es el 26 de noviembre de 1985. Tercero.- Que en el presente caso, si bien, se ha revocado la liberación condicional, con fecha 24 de octubre de 1990, por ende, desde dicha fecha se efectuaría el cómputo para efectos de la prescripción de la pena; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el artículo 87 del Código Penal, en su tercer párrafo, prevé que en los casos de revocatoria de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio la prescripción de la pena comienza a correr desde el día de la revocación. Cuarto.- Que en el caso *sub examine* no se ha revocado la condena condicional a la que alude dicho numeral, sino la

323 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A., Op. cit., p.132.

liberación condicional, beneficio penitenciario de distinta naturaleza jurídica al de aquel, por lo que en aplicación de los principios de legalidad y prohibición de la analogía no puede interrumpirse la prescripción en mérito a un presupuesto no contemplado expresamente; en este orden de ideas es de aplicación el cuarto párrafo del artículo 87 del Código Penal que faculta al Juzgador la prescripción de la pena en los mismos plazos previstos para la aplicación de la prescripción de la acción penal. (Ejecutoria Suprema de fecha 31.01.2005. de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 1542-2004 – Pucallpa, considerandos 2, 3 y 4).

VIII. CONCLUSIONES

1. La prohibición de aplicación de la analogía estatuye, en materia penal, y, en general, respecto a cualquier tipo de ley que restrinja derechos, como por ejemplo ocurre en el Derecho administrativo sancionador, la excepción de utilizar la analogía como método para crear delitos o faltas o determinar penas o medida de seguridad o perjudicar la situación de una persona. En cambio, la analogía como método de integración se encuentra permitida en todas las ramas del Derecho. La misma se emplea, por ejemplo, en el Derecho civil o en el Derecho comercial, para superar las deficiencias del sistema normativo, aplicando al hecho no regulado normativamente la norma establecida para el hecho análogo o similar, sobre la base de que resulta razonable que estando ante dos hechos semejante corresponda aplicar un mismo derecho, satisfaciendo el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.
2. El principio de prohibición de la analogía desfavorable en materia punitiva se encuentra regulado expresamente y de modo autónomo respecto al principio de legalidad en la Constitución de 1993. El artículo 139; numeral 9 de la Carta de 1993 establece, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restrinjan derechos”. Lo cual, complementa el sentido garantista del principio de legalidad, previsto en el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución en vigor. El mismo precepto estuvo previsto de modo precedente en el artículo 233 inciso 8 de la Constitución de 1979.
3. El principio de proscripción de la aplicación de la analogía se encuentra incorporado dentro del principio de legalidad: *lex stricta*. La razón es que el principio de legalidad sería letra muerta si a través del procedimiento analógico, se pudiese determinar una voluntad restrictiva de derechos que no existe de modo previo y claro en las leyes para que las mismas puedan emitir el mensaje comunicativo al ciudadano, respetando el derecho a la libertad personal y seguridad individual, consagrado en la máxima constitucional “nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución.

4. La prohibición de la analogía no solamente se encuentra dirigida a prohibir su aplicación, como técnica de integración del ordenamiento jurídico, a efectos de calificar un hecho como delictivo o falta, o para definir o determinar un estado de peligrosidad, una pena o una medida de seguridad, ya que también excluye la posibilidad que esta sea utilizada para configurar o determinar agravantes, reglas de conducta, consecuencias accesorias y, en general, cualquier categoría que proceda de normas que restringen derechos.
5. Se distingue entre analogía legal y analogía jurídica, según si la regla jurídica que se va a trasladar procede de un precepto concreto (*analogía legal*) o de una idea jurídica que se desprenda de varios preceptos (*analogía jurídica*). De modo que, la analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (*analogía legis*) o están deducidos de los principios generales del derecho (*analogía juris*).
6. La aplicación de la analogía *in malam partem* es la única que está prohibida, ya que la analogía *in bonam partem*, en virtud de ser favorable para el reo (*principio de favorabilidad*), es acorde con nuestro ordenamiento constitucional-penal. La analogía favorable (*in bonam partem*) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal. Esta idea la sigue de *lege ferenda* el Anteproyecto de la Parte General del Código Penal 2004, en su artículo III in fine del Título Preliminar reconoce que “la analogía sólo procede a favor del reo”. De modo que, “Se establece que la analogía puede ser *in bonam partem* o *in malam partem*, según sea favorable o no al imputado.
7. La analogía se diferencia de la interpretación extensiva debido a que en ésta el caso está implícitamente incluido en el texto legal, en la analogía no; en la interpretación extensiva se sigue la particularidad de la regla general prevista en la ley para el caso, mientras que en la analogía simplemente hay dos casos no iguales pero semejantes; y, en la interpretación extensiva se complementa la norma existente, en la analogía se integran los vacíos del derecho positivo creando una norma anteriormente inexistente. Por ejemplo, en el delito de bigamia “el casado que contrae matrimonio”, incluye la hipótesis de que el casado contraiga varios matrimonios, ya que sería absurdo que por haber contraído tres o más matrimonios no está incurso dentro de dicho tipo penal.
8. La analogía ha sido distanciada de la interpretación analógica o *intra legem*, puesto que esta última se hace en virtud de la ley. La interpretación analógica se da cuando se aplica analógicamente un precepto legal regulado bajo una fórmula casuística, debiéndose aceptar que ésta comprende casos semejantes o análogos a los mencionados por aquellos, tal como ocurre con el tipo penal del delito de homicidio calificado, donde la propia norma remite a conceptos cuya delimitación confía al operador jurídico. La misma está caracterizada normalmente por la frase “hechos similares o análogos”.

§ 5. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

I. INTRODUCCIÓN

El principio de lesividad procede del aforismo latino *nullum crime sine iniuria*, que significa que no hay delito sin lesividad u ofensividad. La absoluta necesidad de las leyes resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, según el principio *nulla necessitas sine iniuria*, y en la consiguiente tesis, *nulla poena, nulla crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*.³²⁴ Este principio exige que para que una conducta sea tipificada y sancionada como delito debe existir necesariamente una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido.

En un Estado Democrático de Derecho, el Poder Legislativo no puede establecer penas a una conducta solamente por el hecho que, a criterio de un grupo social, político o religioso esta resulte indeseable. “Para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado”³²⁵. El Derecho penal no puede proteger una moral o una religión determinada. Cuando se protege la moral o la religión se están imponiendo creencias que pueden ser muy respetables, pero que no pueden ser impuestas al resto de ciudadanos, pues, significaría una intromisión intolerable en el ámbito de su libertad y el Derecho penal se convertiría en factor de discriminación³²⁶.

En ese sentido, el bien jurídico cumple diversas funciones en el Derecho penal que pueden ser reconducidas hacia una dimensión material y otra formal. En la dimensión material, el bien jurídico cumple una función crítica porque sirve para apreciar si la imposición de una pena está o no legitimada, mientras que en la función formal, el bien jurídico permite sistematizar la legislación penal mediante la agrupación de los diversos tipos penales en títulos y capítulos de la parte especial o en leyes especiales, así como, jerarquizar e interpretar el contenido de los mismos.

“EL bien jurídico cumple también una función crítica o de garantía, ósea una función político – criminal, tendiente a limitar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, a partir de u ejercicio de contención, restringiendo la violencia punitiva al contenido axiológico del bien jurídico”³²⁷. En otras palabras, el concepto material de bien jurídico-penal es importante de cara a su *función crítica*: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de *lege lata*), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de *lege ferenda*). Luego, principalmente de *lege lata*, aunque también de *lege ferenda*, el concepto tiene dos dimensiones funcionales: una *formal* (función sistematizadora, jerarquizadora, interpretativa) y otra *material* (fundamentación del ilícito penal)³²⁸.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

324 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Ed. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p.466.

325 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Derecho Penal, Parte General, Op. cit. , p.94.

326 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004, p. 539.

327 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 148.

328 CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs; en Themis, N° 34, Lima, 1997, pp. 139-140.

Artículo IV.- “La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”³²⁹.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

Artículo 11. Antijuridicidad: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

Artículo 3.- principio de lesividad del bien jurídico: No podrá imponerse pena o medida de seguridad alguna, si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley penal.

Código Penal de Guatemala

329 Artículo IV –Anteproyecto de 2004.- “La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o idóneo de bienes jurídicos tutelados por la ley. Sólo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico”

Artículo IV-Anteproyecto de 2009.- “La pena precisa la lesión o puesta en peligro concreto o abstracto de bienes jurídicos tutelados por ley”.

No regula sobre el particular

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

Artículo 2.-C.- No podrá imponerse pena o medida de seguridad de seguridad algún si la acción u omisión no lesiona o pone en peligro efectivo un bien jurídico protegido por la ley penal.

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 7.- Principio de lesividad: Solo podrá ser sancionado la conducta que dañe o ponga en peligro de manera significativa un bien jurídico tutelado por la ley penal.

Código Penal de Panamá

Art. 2.- En este código solo se tipifican aquellas conductas y comportamientos cuya incriminación resulte indispensable para la protección de los bienes jurídicos tutelados y los valores significativos de la sociedad, y de acuerdo con la política criminal del Estado

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

No regula sobre el particular

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de lesividad no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de la Carta Magna de 1993. No obstante, el mismo no podría ser desconocido por resultar aquel un postulado que garantiza el estatus prioritario de la persona humana dentro del Estado social y democrático de Derecho. De modo que, las declaraciones constitucionales de la Ley Fundamental en vigor previstas en el artículo 1 “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, en el artículo 44, “el Estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”, sientan ambas las bases para un posterior desarrollo normativo de la teoría del bien jurídico. “El Derecho penal actual es que solamente debe protegerse bienes jurídicos, de manera tal que la intervención penal no puede sustentarse en meros aspectos morales o de simple orden social. A esta idea general se le vincule lógicamente la exigencia de que la conducta delictiva debe haber afectado un bien jurídico”³³⁰.

La bases de la teoría del bien jurídico que inspiraron al legislador del Código Penal de 1991, como ya hemos adelantado al comentar las bases del principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal, se encontraron en el artículo 1 de la Constitución de 1979, que establecía: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; así como, en el artículo 80 de la Ley Fundamental anterior, que consagraba como “deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado”. El principio de lesividad se deriva de la dignidad humana y de los derechos fundamentales del hombre, pues, no se podría aplicar una pena para proteger algo que no sirva a la libertad del individuo o ciertos sectores funcionales del sistema social que por su importancia mantienen estrecha conexión con la libertad humana.

“La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de las penas y prohibiciones”.³³¹ La idea expresada encuentra acogida en nuestra Carta Política vigente cuando se aprecia, en su artículo 1, que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, mientras que en su artículo 44 se haya establecido como deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”. No hay razón alguna para justificar la restricción de derechos fundamentales mediante la imposición de una pena que la protección de la persona humana y de las condiciones estructurales que resultan indispensables para una subsistencia armoniosa, como por ejemplo, en el caso de cada ser humano

330 GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, T.I. Op. cit., p.112.

331 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Op. cit., pp. 464 – 465.

en particular, la vida o el patrimonio, y, en el caso de la sociedad en su conjunto, el medio ambiente o la salud pública.

No obstante, de manera concreta podemos detectar una estrecha relación entre el principio de lesividad y el principio constitucional de proporcionalidad de las penas. En ese sentido, hay que recordar que el Tribunal Constitucional ha constitucionalizado el principio de proporcionalidad de las penas, en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución³³² y ha depositado en este principio la importantísima función de servir como “el límite principal a la libertad de configuración legislativa en materia penal”³³³. Tan cercana es la relación entre los principios de proporcionalidad y lesividad, que HIRSCH afirma: “Decisiva sería ‘la función limitadora del principio de proporcionalidad’; de la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos podrían ser extraídas consecuencias exclusivamente para la cuestión de la legitimación de una protección jurídico penal”³³⁴.

En ese orden de ideas, encontramos el principio de lesividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de modo concreto, en el nivel del principio de proporcionalidad de las penas, que comprende los niveles de idoneidad (primero), adecuación (segundo) y proporcionalidad en sentido concreto (tercero). No podría negarse que el principio de proporcionalidad presupone la existencia del bien jurídico, sin el cual éste sencillamente carece de cualquier sentido y razón de ser, pues, como afirma el Tribunal Constitucional peruano en cuanto a la labor de creación de delitos, que sirve para la exposición del principio de proporcionalidad, ésta requiere la aprobación simultánea de tres pruebas derivadas del principio de proporcionalidad³³⁵:

- i) *Examen de idoneidad*, donde se exige la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr alcanzarlo. Es en este nivel donde el principio de lesividad cobra razón de ser. La identificación del fin de relevancia constitucional presupone la ubicación de un bien jurídico;
- ii) *Examen de necesidad*, significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado;
- iii) *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*: este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) El fin de la medida estatal; y, 2) La afectación del derecho fundamental; de modo tal que el primero de éstos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda, desde una perspectiva valorativa.

332 STC. Exp. N° 00010-2002-AI.

333 STC. Exp. N° 0012-2006-PI/TC.

334 HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico; en: Modernas tendencias del derecho penal y en la criminología, Madrid, 2001, p. 314.

335 STC. N° 0012-2006-PI/TC.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha manifestado que: “si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad. *Los bienes jurídicos son condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad.* Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica³³⁶. No obstante lo anterior, está en constante debate si el concepto de bien jurídico se encuentra en la constitución o no. Lo cual lleva al nacimiento de diversas posturas teóricas sobre su fuente matriz y a la indeterminación de hasta qué punto el mismo limita la potestad punitiva del Estado. Ello será abordado más adelante cuando hagamos referencia al contenido del principio de lesividad.

V. CONCEPTO

El principio de lesividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es la garantía constitucional que limita la tipificación y sanción de hechos delictivos mediante la exigencia de que previamente al acto legislativo o, incluso, en fase jurisdiccional, según se trate, se verifique la existencia de una condición esencial para el mantenimiento de la sociedad que este siendo objeto de protección por parte de la norma punitiva. La aplicación de una sanción penal requiere la verificación de un bien jurídico tutelado.

El Derecho penal sólo debe tipificar como delito y sancionar penalmente a las acciones u omisiones, dolosa o culposa que signifiquen una lesión efectiva o potencial de bienes jurídicos penalmente relevantes, ya que la aplicación de una consecuencia jurídica de naturaleza penal afecta gravemente la libertad del hombre. “El Derecho se sitúa en la protección de la libertad y la seguridad social del individuo así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de forma gráfica: el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo”³³⁷.

Las consecuencias jurídicas de ámbitos extrapenales -como las pertenecientes al Derecho administrativo- no suponen siquiera una semejanza con las consecuencias jurídicas derivadas del ordenamiento jurídico penal, ya que estas últimas en su curso natural llevan aparejadas la privación de la libertad. Por ello, el Derecho penal protege determinados bienes jurídicos, en la medida que estos son condiciones fundamentales de la vida social, y siempre que la vulneración o exposición a peligro que estos afrontan represente una grave afectación a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social. Esta opción constitucional se traduce en el Derecho penal en el principio de lesividad, según el cual ningún

336 STC Exp. N.º 0012-2006-PI/TC.

337 ROXIN, Claus, en: Evolución del derecho penal y de la política criminal en alemania, ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio, Ed. Fondo de desarrollo editorial, Universidad de Lima, 2000, p. 31.

derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo³³⁸.

Los bienes jurídicos dependiendo de la titularidad jurídica recaída sobre los mismos pueden ser individuales o colectivos. Las condiciones sociales objeto de tutela pueden recaer sobre intereses individuales o colectivos, estos últimos, están estructurados sobre funciones del sistema social que han sido asumidos como valiosos para la vida del hombre en una sociedad determinada. Ejemplo de intereses individuales son la vida, el honor, la intimidad personal, la libertad, etc; y, ejemplo de intereses colectivos son la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical, el orden económico, etc.

De otro lado, el concepto de bien jurídico dentro del Derecho penal cumple diversas funciones de singular importancia. El bien jurídico realiza una función de carácter material al cumplir un *rol justificador* del delito y funciones de carácter formal al cumplir un *rol sistematizador, jerarquizador y orientador* de cada tipo penal.

En efecto, el concepto de bien jurídico permite encontrar el fundamento o razón de ser de un determinado injusto (conducta típica y antijurídica). La única manera de comprender realmente porque una determinada conducta está siendo sancionada como delito es cuando nos remitimos a la norma penal conociendo que existe un bien jurídico tutelado está siendo lesionado o puesto en peligro con una actividad del agente (disvalor de acción) o la producción de un resultado (disvalor de resultado). El concepto de bien jurídico suministra al legislador una medida político-criminal de lo que él puede penar y de lo que debe dejar impune³³⁹. De modo que, “sólo son relevantes para el derecho penal aquellas acciones que infringen una norma, si por lo menos ponen en peligro al bien jurídico protegido, así, en el hecho doloso no se reprime la tentativa inidónea, ni se equipara la tentativa acabada a la consumación y en el hecho culposo no puede someterse a pena todo comportamiento descuidado”³⁴⁰.

Asimismo, el bien jurídico realiza funciones de carácter formal al cumplir un *rol sistematizador* de la Parte Especial, organizando la división de los diferentes tipos de delitos en Libros y Títulos; un *rol jerarquizador*, que permite diferenciar cuando un bien jurídico resulta predominante frente a otro; y, finalmente, un *rol orientador* en la labor hermenéutica de los operadores judiciales en la interpretación de cada tipo penal. “El bien jurídico configura un elemento imprescindible en el momento de interpretar la ley penal y definir los alcances del tipo delictivo, partiendo del ámbito de protección de la norma que supone una función teleológica”³⁴¹.

El concepto de bien jurídico trascendente al sistema significa verlo como previamente dado al derecho positivo. La existencia *a priori* de un concepto de bien jurídico se entiende como un esfuerzo por evitar los desbordes del Derecho penal. Por ejemplo, en el caso de Birnbaum, y hoy de HASSEMER, el fundamento estaba en el modelo del contrato social. De él se derivaba la función limitadora previa de la

338 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal, parte general, V. I., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 121.

339 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 301.

340 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p.133.

341 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 148.

idea de bien jurídico. En caso de delito se trataba de la lesión de la libertad de la persona asegurada por el contrato social³⁴². De ese modo, se hace valer por parte de los representantes de la Escuela de Frankfurt un concepto *a priori* de bien jurídico a través del cual consideran que el Derecho penal debería limitarse al llamado derecho penal básico o nuclear, que abarque sólo la protección de intereses directos o indirectos de la persona.

El concepto de bien jurídico inmanente al sistema significa verlo como conectado al contenido del derecho positivo en su interpretación. Se trata de que, en la interpretación de las figuras penales, se pregunte al derecho positivo acerca de qué valor individual o colectivo debe ser protegido, por cada uno de sus preceptos, de una posible afectación y que consecuencias se deben extraer para el orden sistemático y para los límites jurídicos positivos del precepto. Por ejemplo, se deben mencionar: la cuestión acerca de si se trata de un delito de lesión, de peligro o de una mera puesta en peligro; la relación de concurso con otras figuras penales; la ponderación en el caso del estado de necesidad justificante; y también la gradación de rango de las figuras en la parte especial (esto es, su orden legal)³⁴³.

VI. CONTENIDO

6.1. Evolución del concepto de bien jurídico

6.1.1. Antecedentes

El establecimiento del bien jurídico como objeto material del concepto del delito es una realidad de nuestro ordenamiento jurídico-penal que se ha ido construyendo con el transcurso del tiempo. El concepto de bien jurídico tuvo su surgimiento en el siglo XIX y su posterior marcha victoriosa la realizó en el siglo XX³⁴⁴. “El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originariamente por Feuerbach y posteriormente desarrollado por BIRNBAUM y VON LISZT, entre otros, como consecuencia de una concepción crítica del derecho penal”³⁴⁵. La misma que surge en el contexto del liberalismo con el fin de limitar la obra del legislador penal, mediante la sola criminalización de aquellas conductas dañosas y lesivas de entidades reales del mundo exterior, dejando fuera, en consecuencia, los procesos puramente internos y la faceta teológica del ilícito penal de tradición iluminista que concebía el delito como un hecho pecaminoso, es decir, como una manifestación que contradecía la voluntad divina³⁴⁶.

6.1.2. La lesión del derecho de Feuerbach

Hasta el siglo XIX, el Derecho penal y su objeto de protección fueron explicados mediante la fórmula que fuera denominada por Paul Johann Anselm Ritter VON FEUERBACH como la teoría de la “lesión de un derecho subjetivo” o “lesión del

342 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 309.

343 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, pp. 320-321.

344 ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal. Ed. Idemsa, Lima, 1998, p. 9.

345 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 26.

346 CARO CORIA, Carlos, Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs, Op. cit., p. 140.

derecho”. La teoría de la lesión del derecho ubicaba como núcleo del delito a la afectación que afligía los “derechos externos” de los individuos.

Feuerbach, con base en la doctrina de Kant –que buscaba explicar el concepto del contrato social- formuló la teoría de la “lesión del derecho”, a través de la cual planteaba que la verdadera finalidad del Derecho penal era la conservación de los derechos subjetivos de cada individuo. El objeto de protección era equiparado con el derecho subjetivo de cada persona afectado por el delito.

La teoría de la lesión del derecho consideraba que al excederse de los límites de la libertad jurídica se generaba una lesión equivalente a una injuria, que cuando está sometida a una Ley penal significaba la quiebra del contrato social suscrito entre el ciudadano y el Estado, por lo cual, el hecho se consideraba “delito”. De este modo, el delito pasa a ser posible exclusivamente en el Estado³⁴⁷.

Lamentablemente esta era una posición subjetivizada del contrato social que llegaba a considerar que todo era derecho del ciudadano o del Estado, sin límite alguno. El Estado era el Derecho y el Derecho surgía del contrato, el ejercicio de la voluntad del Estado se convertía en Derecho, no habiendo posibilidad alguna de limitar al Estado.

6.1.3. Concepción trascendentalista de BIRNBAUM

Desde una perspectiva epistemológica, la tesis de J. M. BIRNBAUM sobre el concepto de bien jurídico es de carácter *iusnaturalista*. BIRNBAUM consideraba que el contenido del bien jurídico estaba más allá del Derecho y del Estado, quienes solo pueden extraerlos, sin alterarlos, de la naturaleza y del desarrollo social para otórgales un reconocimiento formal en el ordenamiento normativo, que desde luego no resultaba constitutivo para su existencia.

Aunque, el término “bien jurídico” es debido a una aportación posterior de BINDING, BIRNBAUM fue quien contrapuso a la doctrina desarrollada por FEURBACH de la lesión de un “derecho subjetivo”, la de la lesión de un bien mediante la aclaración de que el derecho como tal no podía verse disminuido o sustraído, pues esto sólo puede suceder respecto de lo que es objeto o materia, o sea, un bien.

La cuestión principal en la idea de BIRNBAUM radicaba en la ampliación del ámbito de protección jurídico-penal más allá de las personas y las cosas. Pues, esta ampliación no podía alcanzarse partiendo de una limitación a los derechos subjetivos, mientras que resultaba factible con la introducción de “bienes comunes”, como podían serlo las ideas morales y religiosas del pueblo.

El creador alemán de la teoría del bien jurídico, J. M. BIRNBAUM, escribió, en su artículo fundacional de 1834 (*Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*) que “está en la naturaleza de las cosas que además del... concepto jurídico positivo del delito tiene que haber un concepto natural de él... Cuando hablamos de un concepto jurídico natural de delito entendemos por esto

347 ESER Albin, Temas de Derecho penal y procesal penal., Op. cit., p. 17.

aquello que según la naturaleza del Derecho penal puede ser razonablemente valorado como punible por la sociedad y resumido en un concepto general³⁴⁸.

Por ello, se debe a BIRNBAUM el desarrollo de una concepción material del bien jurídico, el mismo que superando las limitaciones de la protección de derechos subjetivos, propuso entender que los bienes jurídicos eran objetos materiales que el Estado protege, que corresponden tanto a particulares como a la colectividad³⁴⁹.

6.1.4. Concepción inmanente jurídica – positiva de BINDING

Desde una perspectiva epistemológica, el planteamiento de Karl BINDING sobre el concepto del bien jurídico es de carácter *iuspositivista*. En su concepción, el Estado podía decidir a su arbitrio que quería punir y cómo quería punir quitándole al bien jurídico su función de limitar al *ius puniendi*. El bien jurídico resulta creado por el Derecho y es inmanente al Estado y al Derecho³⁵⁰.

Aunque, el planteamiento de BINDING también tiene como presupuesto la existencia de un “derecho subjetivo”, a diferencia de Feuerbach -que los concebía como derechos subjetivos de los particulares o del Estado- para éste autor ellos sólo le pertenecen al Estado como un derecho a mandar, capaz de exigir obediencia y ejercer imperio³⁵¹.

De ese modo, para BINDING, el bien jurídico es una creación del legislador que se encuentra contenido en las normas. Donde, cada norma lleva en sí su propio bien jurídico, esto es, el objeto del delito que es un productor de la decisión política del Estado y que su lesión constituye una infracción al derecho subjetivo de obediencia que el Estado puede exigir a sus súbditos³⁵².

En ese sentido, es un “bien jurídico” para BINDING “todo aquello que para el legislador es valioso como condición de una vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento sin cambio y no perturbado la comunidad tiene interés en opinión del legislador, intentando éste protegerlo por medio de sus normas frente a las lesiones o puestas en peligro no deseadas³⁵³”.

Por entonces, BINDING escribió que el Estado podía decidir a su arbitrio “qué quería punir y cómo quería punir”. La idea de una legitimación discrecional de la pena estatal ha sido hoy superada y, por tanto, no puede ser utilizada de hecho contra la aceptación de un concepto de bien jurídico limitador y previo³⁵⁴.

6.1.5. Concepción trascendentalista político-criminal de VON LISTZ

348 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 304.

349 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Op. cit., p. 98.

350 AIRA HIDALGO, Marco Antonio. El criterio de bien jurídico que adopta el Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://blog.puCódigo Penal.edu.pe/item/26299> (Consultado el 02 de marzo de 2011)

351 URQUIZO OLAECHEA, José. “El bien jurídico”; en: Revista peruana de ciencias penales, N° 6, Ed. Idemsa, Lima. 1998, p. 815.

352 Ibid, p. 816.

353 ESER Albin, Temas de Derecho penal y procesal penal., Op. cit., p 22.

354 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 308.

Desde otra perspectiva, Franz VON LISZT considera que el bien jurídico no es un concepto puramente jurídico, sino un concepto material y previo al derecho positivo. El ordenamiento jurídico eleva el interés vital preexistente a bien jurídico para brindarle protección, pues el contenido del bien jurídico trasciende al ordenamiento jurídico positivo, ya que es anterior y superior a este.

Para von Liszt, “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Un concepto de bien jurídico determinados socialmente es anterior al derecho. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico³⁵⁵”.

De ese modo, von Listz intentó devolverle al bien jurídico su función de limitar al Estado. Sin embargo, von Liszt no estableció el contenido del bien jurídico ni como condición de vida ni como interés jurídicamente protegido, dejó sin precisar los supuestos de necesidad de protección, “... no pasó, por ello, de constituir un programa sin desarrollar³⁵⁶”.

6.1.6. Concepción crítica del nacional-socialismo

En los años treinta, el concepto previo de bien jurídico fue objeto de discusión por parte de los partidarios de la Escuela de Kiel. Los juristas alemanes afiliados a esta corriente de clara tendencia nacionalsocialista desecharon el concepto de bien jurídico como fundamento de punición reemplazándolo por la lesión del deber. Según ello, el derecho penal no debería servir a la protección de bienes jurídicos, sino a proteger los valores comunes, en el sentido del entonces llamado “sano sentimiento del pueblo”. El concepto de bien jurídico y los límites del derecho penal que él exige fueron considerados por la Escuela de Kiel como un obstáculo molesto para un Derecho penal nacionalsocialista estructurado en sentimientos y fidelidades³⁵⁷.

Ciertamente, la doctrina penal del nacionalsocialismo, aunque inicialmente rechazó la idea de bien jurídico por ver en ella un límite liberal a superar en un Estado totalitario, no pasó mucho tiempo para que, producto del debate con los neokantianos, la rescataran, aunque vacía de contenido, en tanto que el delito pasó a entenderse, desde la perversión nazi y fascista, como la desobediencia y rebelión del individuo frente al poder que emana del pueblo y se personaliza en el Estado, lo cual significó llevar al extremo las consecuencias del Estado social en desmedro de la idea kantiana del individuo como fin en sí mismo. Por ende, un tal concepto de bien jurídico no podía añadir nada a la idea de “infracción de un deber”, pues cualquier deber podía elevarse a la categoría de bien jurídico, sin que importase el comportamiento externo sino la merca actitud³⁵⁸.

355 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 98.

356 URQUIZO OLAECHEA, José. “El bien jurídico”, Op. cit, p. 817.

357 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 305.

358 CARO CORIA, Carlos, Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs, Op. cit., pp. 141-142.

El verdadero trasfondo estaba conformado por la orientación a un Derecho penal de ánimo. Ya no debía ser decisiva la realización de un daño manifestado objetivamente, sino el ánimo exteriorizado. Se trataría, entonces, de una cuestión básica del Derecho penal que trasciende la estrecha problemática del bien jurídico y que se refiere a la contraposición entre un Derecho penal racional de acto y un Derecho penal irracional de ánimo³⁵⁹.

6.1.7. Concepción trascendentalista ético-social de WELZEL

La constante en el pensamiento de Hans WELZEL, se encuentra absolutamente vinculada a una teoría del actuar humano justo o injusto. La acción humana pasa a ser el concepto central de la teoría del delito (punto de vista ontológico)³⁶⁰. La función ético-social del Derecho penal de WELZEL se edifica sobre la idea que toda acción humana está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes, donde “puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto)”³⁶¹.

WELZEL considera que el Derecho penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado). Para WELZEL, esta protección de los bienes jurídicos el Derecho penal la cumple en cuanto prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto³⁶².

Sin embargo, WELZEL resalta que, “la mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo”. “Por el contrario, la misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo, pues, al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica”³⁶³.

Por ello, la verdadera misión del Derecho penal consiste en proteger los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares³⁶⁴. De este modo, el Derecho penal se extiende más allá de sí mismo y se inserta en el marco cultural de una época. Aunque WELZEL, reconoce que este efecto lo logra sólo a través de una sabia circunscripción de sus medios sosteniendo que “un penar a diestro y siniestro mellaría sus armas” y, concluyendo, que “tiene que limitarse al castigo de lesiones de

359 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 312.

360 URQUIZO OLAECHEA, José, “El bien jurídico”, Op. cit., p. 819.

361 WELZEL, Hans. Derecho penal, parte general, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979, p. 11.

362 Ibid, p. 12.

363 Ibid, p. 13.

364 Ibid., p. 15.

los elementales deberes ético-sociales: en ese sentido tiene un carácter fragmentario³⁶⁵.

6.1.8. El funcionalismo sistémico de JAKOBS

En la dogmática de JAKOBS, en lugar de la protección de bienes jurídicos, el Derecho penal está dirigido a garantizar la expectativa que no se produzcan ataques a bienes. Considera que el bien no debe ser representado como un objeto corpóreo, sino más bien como norma, como expectativa garantizada³⁶⁶.

La tesis de JAKOBS se basa limitadamente en la teoría de los sistemas de Niklas Luhman y se la conoce como el funcionalismo sistémico. El funcionalismo sistémico afirma que lo que ha de ser resuelto es siempre un problema dentro del sistema social protegiendo los procesos de comunicación jurídicamente institucionalizados.

Desde la perspectiva del funcionalismo sistémico, la función del Derecho penal no es la consolidación de un estado de cosas, sino la configuración de la identidad de una sociedad. Dado que se trata de configuración y no de la consolidación de un estado de cosas, la identidad de la sociedad se determina por las reglas que la configuran, es decir, no por los estados de cosas o los bienes, sino más bien por las normas.

En una sociedad, las normas autorizan la lesión de bienes y la modificación de situaciones cuando ello es necesario para el desarrollo individual y social: se autoriza a producir ciertos peligros con el tráfico automotor y la concreción de estos peligros en daños no se imputa al autor que se mantuvo dentro del riesgo permitido (“actuación dentro del “rol”). De ese modo, para JAKOBS, “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas”. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas³⁶⁷.

Este objetivo se consigue mediante la imposición de la pena entendida como la manifestación de estabilización de la norma que la sociedad escucha como respuesta inmediata a la comisión del delito comprendido como una manifestación que de manera expresa y directa vulnera el sistema normativo abriendo un abanico de dudas respecto a la vigencia de la fuerza de las normas. Por eso, dice JAKOBS, –aún contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal³⁶⁸.

En consecuencia, JAKOBS rechaza que la verdadera misión del Derecho penal sea la protección de aquellas condiciones o elementos fundamentales de la vida social que la doctrina denomina como bienes jurídicos, o lo que es lo mismo, considera que el único bien jurídico penal es garantizar la vigencia efectiva de la norma. La misión

365 Ibid. p. 17

366 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, p. 104.

367 JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 45.

368 Loc cit.

del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la protección de la vigencia de la norma. “El derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, el Derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (en todo caso) que una persona, encargada de sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”³⁶⁹.

6.2. El concepto material del bien jurídico

6.2.1. Antecedentes

La definición material del bien jurídico, referida a que debe comprenderse como bien jurídico, ha venido siendo probablemente uno de los mayores intentos inacabados de la dogmática penal. Incluso, ha llevado a diversos autores, tales como BACIGALUPO a sostener que: “La teoría del bien jurídico sin embargo, no tiene en sí misma las posibilidades de limitar el uso del Derecho penal sólo a la protección de bienes jurídicos. En todo caso, en la medida en la que prácticamente todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social se puede considerar un bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es, en verdad nula”³⁷⁰.

“En una comprensión de los bienes jurídicos como objetos valorados positivamente y del delito como la lesión de esos bienes jurídicos, se entiende plenamente la exigencia de una lesividad de la conducta para fundamentar la imposición de una pena”³⁷¹. El planteamiento político criminal del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos significa reconocer que la aplicación de una pena limita los derechos fundamentales de la persona y que, por ello, el recurso a la misma debe ser de lo más restrictivo posible dentro de un ordenamiento jurídico. La tipificación de una conducta como delictiva sólo podrá ser admisible en la medida en que esto resulte del todo *necesario*. “Pero el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de tal demostración. La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como “lesión”, “daño”, y “bien jurídico” son claramente valorativas”³⁷².

Pero ¿Cuándo ha de reputarse *necesaria* la intervención del Derecho penal? La respuesta inmediata podría ser que el Derecho penal será necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Sin embargo, este concepto no resulta del todo completo, ya que “no todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico-penal”³⁷³. El profesor Mir Puig postula que “para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*”.

369 GUNTER, Jakobs, CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del derecho penal, Ed. Editora jurídica grijley, Lima, 2000, p. 45.

370 BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, Ed. Akal, Madrid, 1998, p. 19.

371 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, Parte General, Op. cit., p.116.

372 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Op. cit., p. 467.

373 MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1994, p. 159.

Así, la *necesidad de protección penal* significa que para la tutela de aquellos bienes que contengan suficiente importancia social no resulte suficiente el empleo de otros medios de defensa menos lesivos, ya que, en términos del *principio de última ratio*, si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico penal. “El Derecho penal cuando, frente a la conducta dañosa, de que se trate, ha fracasado el empleo de otros instrumentos sociopolíticos, radica en que el castigo penal pone en peligro la existencia social del afectado”³⁷⁴. Por otro lado, la *importancia social* consiste en que el bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, lo cual significa en los términos del *principio de intervención mínima* que “el uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave”, lo cual equivale a señalar que reclamar una particular “importancia social” para los bienes jurídicos-penales significa postular la autonomía de la valoración jurídico-penal considerando que tales bienes puedan considerarse *fundamentales para la vida social*³⁷⁵.

Pero, ¿Cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuando no lo es? Mir Puig, pese a referir que será difícil llegar a un consenso al tratarse de una cuestión valorativa (autonomía valorativa del Derecho penal), señala cuales son los criterios que considera pueden auxiliar en la discusión racional de este problema³⁷⁶:

- a) El *reconocimiento constitucional* –aunque, la cuestión no puede resolverse de plano con el solo recurso a la Constitución, principalmente debido a que la función primordial de esta no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer aquellos bienes y derechos que deben respetar los poderes públicos como claves fundamentales del ejercicio del poder político y debido a que aunque un determinado bien se encuentra previsto a nivel constitucional resultaría contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de cualquier ataque ínfimo;
- b) La comparación con los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del Derecho penal, que suelen ser aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos (bienes jurídicos individuales) a efectos de constatar en estos la existencia de un *concreto grado de afectación significativo* –claro está, que, por otro lado, hoy se debate la tutela penal de intereses colectivos existiendo dos enfoques distintos, uno, propio del Estado social autoritario, consistente en contemplarlos desde el punto de vista de la sola importancia para el sistema social; y, otro, propio del Estado social democrático, consistente en valorarlos en función de su repercusión en los individuos, de modo que los intereses colectivos demandarán protección jurídico-penal, en la medida en que condicionan la vida de los individuos (la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su

374 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiendemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, p.23.

375 MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op. cit., p. 162.

376 Ibid, pp.164-166.

vulneración y, como hemos referido, siempre que suponga un concreto grado de afectación significativo de dicho bien).

Los primeros intentos realizados por otorgar un concepto material al bien jurídico buscaron encontrar una entidad real en el mundo exterior que constatare el daño ocurrido con la acción delictiva a efectos de evitar que la sanción penal sea dirigida contra actos que no justifiquen una consecuencia jurídica tan severa. En la actualidad, el contenido del bien jurídico pretende ser establecido por partes de teorías que modernamente han sido clasificadas como teorías constitucionalista o sociológicas.

6.2.2. Teorías sociológicas.

Las teorías sociológicas entienden al bien jurídico desde su dimensión social como “condiciones necesarias para la conservación del orden social”. Estas concepciones pretenden definir al bien jurídico otorgándole un contenido social, en donde los hechos lesivos de bienes jurídicos se caracterizan por representar el elemento denominado “dañosidad social”. “La lesividad social de una conducta dependía de la función que los bienes jurídicos cumplían en la vida social, sólo son inadecuadas aquellas actuaciones que sobrepasan la medida mínima de cuidado establecida para que se desarrolle la vida en comunidad, esto es, conductas que en realidad podrían lesionar estos bienes jurídicos, no eran merecedoras de pena en tanto no perturbaban el normal desarrollo y realización de estos bienes según una interacción social”³⁷⁷.

En el caso de Alemania, ha de considerarse que el punto de partida histórico de esta concepción moderna del bien jurídico está en la teoría jurídico-penal de WELZEL. Y ello, especialmente, porque la imagen de los efectos sociales del Derecho penal hizo de madrina de reformulaciones más recientes –inspiradas en las ciencias sociales– de la teoría del bien jurídico³⁷⁸. Fue a principios de los años setenta cuando en Alemania comenzó una discusión más intensa sobre los fundamentos científico-sociales y de la teoría social del modelo de protección de bienes jurídicos. Las repercusiones de estos trabajos aún se perciben con claridad en las teorías personales del bien jurídico (HASSEMER)³⁷⁹.

En HASSEMER, “la Justicia penal sólo tiene sentido como representación pública; el hecho de que sus actuaciones lleguen de forma clara y fiable a la población es sumamente importante, porque de otra manera se puede alcanzar una estabilización de la norma desde una perspectiva teórica, pero desde luego no en la realidad cotidiana”³⁸⁰.

HASSEMER vincula la constitución de bienes jurídicos con las condiciones de la definición social del delito, es decir, los procesos comunicativos de la criminalización. Las criminalizaciones concretas son vistas como fenómenos de

377 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 258.

378 MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N°2, Ed. Grijley, Lima, 2001, p. 323.

379 Ibid, pp. 332-333.

380 HASSEMER, Winfried. ¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal); en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal. N°1, Ed. Grijley, Lima, p. 118.

interacción, en donde los momentos decisivos de esa experiencia valorativa social, que HASSEMER denomina en lo sucesivo “comunicación normativa”, son la frecuencia de la lesión de intereses, la intensidad de la necesidad del bien lesionado y la intensidad de la amenaza insita en la lesión tal y como aquella es percibida socialmente³⁸¹. En ese sentido, HASSEMER refiere que: “Cuando mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico (como por ejemplo, en los daños patrimoniales o en el homicidio), tanto más intensiva podrá ser, pudiendo incluso castigar la puesta en peligro del bien jurídico (como, por ejemplo, en el delito de incendios)”³⁸².

En AMELUNG, “cabe una teoría sociológica sobre la lesividad social que no concibe el daño social como el deterioro de objetos, sino que retoma la vieja idea de que el delito ataca las condiciones de organización de la convivencia humana. Por ello, se apoya en la idea de la sanción penal como instrumento para la protección de la vigencia fáctica de las normas de conducta.... La sensación de crisis del partidario de la función “crítica” del concepto de bien jurídico se deriva en su mayor parte del incumplimiento de expectativas que desde un primer momento no estaban justificadas³⁸³. En el funcionalismo sociológico, AMELUNG entiende al delito como un fenómeno disfuncional, es decir, uno que impide u obstruye al sistema social la superación de aquellos problemas que dificultan su progreso. El daño social es equivalente a disfuncionalidad social de la acción³⁸⁴.

La crítica que suele hacerse a estas teorías radica en que la misma no proporciona criterios materiales para establecer los límites del legislador en la creación de las sanciones penales frente a los medios de reacción que pueden proporcionar otras ramas del ordenamiento jurídico. La alusión exclusiva a la disfuncionalidad encierra el peligro de raíz totalitaria, de atender a las necesidades del conjunto olvidando al individuo³⁸⁵.

6.2.3. Teorías constitucionales

Enfrentando las críticas contra las teorías sociológicas, la doctrina penal se inclinó por la búsqueda de una fuente más segura de donde extraer o derivar los bienes jurídicos-penales, para ello recurrió a la norma más importante del ordenamiento jurídico: La Constitución³⁸⁶. Existen dos posiciones: aquellas que otorgan a la Constitución un carácter genérico y las que toman a la Constitución en sentido estricto en relación a las disposiciones específicas que la integran³⁸⁷.

6.2.3.1. Teorías constitucionales estrictas

381 MÜSSIG, Bernd, Op. cit., p. 333.

382 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 27.

383 FEJO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, Barcelona, 2008, Recensión a Roland Hefendehl (ed.): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, p. 10; disponible en: www.indret.com. (Consultado el 02 de Marzo de 2011)

384 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 101.

385 CARO CORIA, Carlos, Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs, Op. cit., p. 143)

386 Ibid, p. 156.

387 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 99.

Las teorías constitucionales estrictas son aquellas que consideran que los bienes jurídicos que son protegidos por el Derecho penal deben encontrarse contemplados de forma expresa o implícita en la Constitución. Estas teorías entienden que la Carta Magna contiene las decisiones valorativas fundamentales para la elaboración de un concepto de bien jurídico, exigiendo en todo caso una vinculación directa entre bien jurídico y precepto constitucional. Implica que la Constitución agota los intereses susceptibles de tutela penal de forma tal, que la cobertura punitiva a intereses situados extramuros de la ley fundamental llevaría consigo la calificación de inconstitucional³⁸⁸.

6.2.3.2. Teorías constitucionales amplias

Las teorías constitucionalistas amplias transcurren por dos senderos que comparten el mismo punto de partida: el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Una primera línea presenta a la Constitución como marco referencial, o sea como espacio político libre y democrático dentro del cual los actores sociales definen las condiciones esenciales para el desarrollo del sistema social. En esta perspectiva, se entiende que una política criminal orientada a la exclusiva protección de bienes jurídicos presupone democracia y ejercicio de la democracia. La segunda tendencia, de la cual BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE es un importante representante, pone de relieve una vinculación programática entre el bien jurídico y el sistema socio-personalista al que la Constitución desea servir de marco. En ese sentido, para Berdugo “Estimar que el control social busca no sólo el mantenimiento sino también la evolución de un sistema social implica ya no una creencia en la bondad del mismo”, lo que lleva a predicar del Derecho penal una función promocional en relación con la vigencia y respeto de los nuevos intereses necesarios para alcanzar las metas constitucionales³⁸⁹.

En este orden de ideas, dentro de la segunda tendencia de las teorías constitucionales amplias, se encuentra ROXIN quien considera que “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución”. Por tanto, un bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, para ROXIN los bienes jurídicos “son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”³⁹⁰.

En la definición ofrecida por ROXIN, se aprecia que este autor al reemplazar el término “interés” por “circunstancias dadas y finalidades” considera que el concepto de bien jurídico es un concepto normativo y dinámica porque dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del

388 CARO CORIA, Carlos, Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs, Op. cit., p. 158.

389 Ibid, p. 159-160.

390 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I., Ed. Civitas, Madrid, 1997, pp. 55-56.

conocimiento científico. Desde la Constitución, ROXIN plantea cinco tesis referidas al bien jurídico penal³⁹¹:

Primera.- “Las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídico y son inadmisibles”.

Segunda.- “Las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos”.

Tercera.- “Las meras inmoralidades no protegen bienes jurídicos y por ello deben quedar impunes (crean conflictos sociales innecesarios)”.

Cuarta.- “Del concepto de bien jurídico no se desprenden nada que no pudiera derivarse ya de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales, pero este obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales”.

Quinta.- “No es posible delimitar delitos y contravenciones según el mero criterio de lesión de bienes jurídicos porque también las contravenciones (infracciones administrativas) lesionan bienes jurídicos”

6.2.4. La Tesis asumida por nuestro Tribunal Constitucional

Nuestro Tribunal Constitucional adopta las tesis de las teorías constitucionalistas amplias, que sostienen que el contenido del bien jurídico es la protección de bienes constitucionalmente relevantes. De ese modo, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “La consideración de una conducta como delito, que da lugar a la privación o restricción de la libertad solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes”³⁹².

En efecto, con cita a CARBONELL MATEU, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que: “Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte, la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el Derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional”³⁹³.

391 Ibid, pp. 56-58.

392 Fundamento 35 de la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC; Fundamento 27 de la STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC; Fundamento 11 de la STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

393 Fundamento 35 de la STC Exp. N° 0019-2005-PI/TC y Fundamento 28 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0012-2006-PI/TC.

De modo que, el Tribunal Constitucional asume la tesis constitucionalista amplia, en la segunda corriente que hemos expuesto, que reconoce en los bienes jurídicos una base constitucional, donde lo importante no es verificar el establecimiento expreso de los mismos en la Ley Fundamental, ni considerar que su finalidad es el mantenimiento del estado de las cosas, tal como está, sino que el objeto de tutela penal sea homologable con aquellas condiciones que en el texto constitucional han sido consideradas como necesarias y útiles para el desarrollo del individuo y la sociedad, las mismas que pueden adecuarse o modificarse conforme al devenir de la evolución social.

Por ello se dice que, el bien jurídico cumple una labor promocional o programática del sistema de valores reconocidos en la Constitución, porque protege una circunstancia concreta, que resulta necesaria para conseguir la efectiva realización de una meta constitucional a favor del individuo y la sociedad.

6.2.5. Hacia un concepto material del bien jurídico

La Carta Magna sintetiza el consenso de voluntades de los miembros de una determinada sociedad en torno a las condiciones esenciales de su propio funcionamiento. La vida, la libertad, la salud, sin perjuicio de ser valores naturales, obtienen su materialización cuando son apreciados como derechos fundamentales, sin los cuales la vida del individuo no sería posible. Claro está, que el Estado no es quien otorga los derechos fundamentales, sino quien debe crear las condiciones de su realización³⁹⁴.

El concepto material de bien jurídico se encuentra compuesto por aquellas relaciones sociales concretas que se encontraban tuteladas originalmente como derechos fundamentales en la Constitución del Estado y que la evolución de una sociedad ha hecho avanzar de derecho subjetivo a bien jurídico protegido a efectos de garantizar su propia supervivencia pacífica y, por lo tanto, resultan merecedoras de una sanción penal. “El bien jurídico se concibe como limite constructor de las leyes penales, su visión material garantiza que sólo en su nombre se conminen con pena, conductas disvaliosas para su ámbito de intangibilidad”³⁹⁵.

Los principios de *última ratio* e *intervención mínima* (incluyendo la *fragmentariedad* y *subsidiariedad*) exigen para establecer una conducta como delito que la misma amerite y necesite la aplicación de una pena. El merecimiento de pena apunta a la gravedad de la acción desplegada, mientras que la necesidad de pena, resalta la utilidad o rendimiento que obtiene la sociedad a fin de proteger a la persona y a la sociedad de la comisión de delito —a través de la prevención general negativa, positiva y la prevención especial—, aplicando una sanción penal y no otro tipo de medio menos lesivo. “El derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es: sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de la prevención social. Si ello es ineludible para vida comunitaria ordenada”³⁹⁶.

394 BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit., p 13.

395 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 146.

396 ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Ed. Reus, SA. Madrid, 1976, p.21

“El Derecho penal es de naturaleza subsidiaria. Esto es sólo se pueden penar las lesiones de bienes jurídicos y las infracciones contra fines de prevención social, si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada”³⁹⁷. Si bien es cierto que la determinación de los objetos a ser protegidos penalmente implican una decisión política estatal, en esa decisión el Estado no es neutral, pues lo hará respondiendo a criterios que representen los intereses estructurales de la sociedad que organiza, que en la actualidad es la llamada sociedad de mercado³⁹⁸. Pues, “La pena posee además una características muy especial, que radica en los elementos “necesidad” e idoneidad” no se puede castigar por falta de necesidad cuando otras medidas de política social o bien las propias prestaciones voluntarias del delincuente garanticen una suficiente protección de los bienes jurídicos”³⁹⁹.

El orden penal vigente sólo puede encontrar validez legal si es que bajo el tipo penal que describe el comportamiento humano se haya un bien jurídico protegido; un delito sin bien jurídico que proteger constituye una norma inconstitucional que, de no ser declarada como tal, debe ser inaplicable por el Poder Judicial a través del control difuso. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en la STC 235/2007 declaró inconstitucional y nula la tipificación de la negación del genocidio (parte del artículo 607.2 del Código Penal español) por resultar contraria al derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a la libertad científica, pese a la consideración de que la negación o justificación del genocidio encierra un peligro potencial para bienes jurídicos de máxima importancia.

6.3. Bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos

¿Qué es exactamente un bien jurídico colectivo? Dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas. A aquéllos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad.– los denominaremos bienes jurídicos colectivos o universales⁴⁰⁰.

El estado actual de la sociedad presenta procesos de participación social tan complejos que para poder ser explicados satisfactoriamente nos obliga a diferenciar dogmáticamente entre intereses individuales y colectivos. Los procesos de participación resultan indicativos de realidades más allá de lo individual.

Frente a bienes jurídicos clásicos como la vida, el patrimonio, la libertad, aparecen nuevos bienes jurídicos que obedecen a criterios completamente distintos de los individuales y que encuentran su fundamento en la protección de aspectos o funciones centrales del sistema social. La modernidad ha planteado un traslado de la tutela de bienes individuales a la tutela de funciones sociales.

Los bienes colectivos protegen funciones tales como el correcto funcionamiento del sistema recaudatorio de tributos (delitos tributarios), el orden económico, la salud

397 Ibid, p. 21.

398 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I, Op. cit. p., 539.

399 ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Op. Cit., p. 44.

400 HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto; en: Anales de derecho, Universidad de Murcia, N° 19, Murcia, 2001, p. 149.

pública o el medio ambiente, en los cuales lo central radica en la funcionalidad u operatividad de elementos definitorios del sistema social actual.

La definición entre bienes jurídico individuales y colectivos puede precisarse aún más acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”. La seguridad colectiva de un Estado se trata, de un bien jurídico universal o colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo “A” no perjudica ni impediría el de un individuo “B”. Para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales se utilizaba el concepto adicional de “no-distributividad”. Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un indiviso⁴⁰¹.

“El bien jurídico real pretende que toda decisión política de criminalización primaria – crear un delito- sea el resultado de la necesidad de tutelar un determinado interés individual o colectivo o trascendencia social (bien jurídico)”⁴⁰². Los bienes colectivos no pueden significar la introducción de una criminalización anticipada sin presencia de dañosidad social real o la protección de meros privilegios sociales, culturales, políticos o económicos que por se tales no resulten esenciales para el individuo o el funcionamiento del sistema social.

Pese a ello, para muchos ya con la proliferación de bienes jurídicos colectivos y la creación de figuras de peligro abstracto “se trata de una criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del “bienestar” de los hombres “en un sentido puramente somático” en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; de la salud pública; del funcionamiento del mercado; de la protección estatal empresarial o de la acumulación de datos comercial o administrativa”. Ello convierte gradualmente al Derecho penal en un instrumento político flanqueador de bienes jurídicos universales y delitos de peligro abstracto⁴⁰³.

“Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de “criminalización en el estadio, previo” a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el “ámbito nuclear” del Derecho penal”⁴⁰⁴. “La protección de bienes jurídicos se ha convertido en un criterio positivo para justificar decisiones criminalizadoras”⁴⁰⁵.

En ese sentido, el Derecho penal abandona la cáscara liberal donde aún se trataba de asegurar un “mínimo ético” y deviene un instrumento de control de los grandes problemas sociales o estatales. Lucha o (mejor) contención de delito le queda demasiado corta como tarea al Derecho penal; ahora se trata de flanquear protección de las subvenciones, del medio ambiente político, de la salud y de la política exterior.

401 Ibid., pp. 149-150.

402 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p. 160.

403 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos; en: Ed. al. “Pena y Estado”, Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36.

404 GUNTER, Jakobs, CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del derecho penal, Ed. Editora jurídica grijley, Lima, 2000, p. 18.

405 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 47.

De una represión puntual de lesiones concretas de bienes jurídicos a una prevención a gran escala de situaciones problemáticas⁴⁰⁶.

6.4. El debate sobre el concepto del bien jurídico

Mientras el papel del bien jurídico como criterio interpretativo de los diversos tipos penales o figuras delictivas de la parte especial no parece ser seriamente objeto de discusión, la teoría del bien jurídico se encuentra en el centro de tres grandes cuestiones de la teoría del Derecho penal que no suscitan (ni suscitarán nunca) un consenso unánime⁴⁰⁷.

1. La Función del Derecho Penal: ¿Se puede definir básicamente como protección subsidiaria de bienes jurídicos?
2. El concepto material de delito: ¿Es el delito en esencia lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos?
3. La cuestión político-criminal de la legitimación de criminalizaciones concretas; ¿Es legítimo, por ejemplo, tipificar y, por tanto, castigar la tenencia de pornografía infantil, el maltrato de animales, la profanación de cadáveres o sepulturas, la negación o justificación de genocidios o comportamiento que encierran una peligrosidad abstracta para el medio ambiente?

Se palpa en el ambiente que la teoría del bien jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Cada vez hay más autores que ponen en duda que resulta sin más convincente la respuesta que, tradicionalmente, ha venido siendo ofertada mediante la (aparentemente sencilla) fórmula: si se protegen bienes jurídicos la criminalización es legítima, sino se protegen bienes jurídicos se trata de una tipificación ilegítima⁴⁰⁸.

El día de hoy, en la doctrina existen tres grandes posiciones intelectuales que se vienen desarrollando en torno a la discusión sobre la teoría del bien jurídico. En primer lugar, se encuentran quienes postulan su defensa como elemento central en el debate político-criminal (ROXIN, HEFENDEHL, SCHÜNEMANN); quienes critican su papel protagonista (JAKOBS, WOHLERS, STRATENWERTH); y, los que entienden que la teoría del bien jurídico resulta compatible con otras líneas de legitimación de la intervención penal (ANDREW V. HIRSCH, KAHLO, SEHER).

Entre los defensores del concepto *a priori* del bien jurídico observamos a Winfried HASSEMER, quien a partir de su “teoría personal del bien jurídico” considera que existe una unidad entre la teoría del bien jurídico y las exigencias constitucionales en la medida en la que “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado ingerente

406 HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, Op. cit., pp. 23-36.

407 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Op. cit., p. 3.

408 Ibid. p. 4.

no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico”. HASSEMER pretende marcar el límite impuesto al derecho penal a partir de un concepto de bien jurídico prejurídico y personal⁴⁰⁹.

De otro lado, los tratados de JAKOBS, Michael KÖHLER y AMELUNG, niegan un concepto previo de bien jurídico y pretenden atribuir únicamente importancia sistemática inmanente o inherente en la interpretación del derecho positivo. STRATENWERTH va más allá todavía, negándole al concepto de bien jurídico toda función, especialmente en ámbitos orientados al futuro como la protección del medio ambiente.

Los que postulan la necesidad de un enfoque alternativo para controlar la racionalidad y adecuación de determinadas criminalizaciones consideran que el bien jurídico por sí solo no puede conformar una teoría adecuada siendo necesario complementarla con otros principios suprapositivos que pueden servir para legitimar o deslegitimar las normas penales como el “principio del daño” (*harm principle*) de origen anglosajón o con otros principios jurídicos, como los principios constitucionales (libre desarrollo de la personalidad, no discriminación, etc).

Hay que advertir que la teoría del bien jurídico como teoría dogmática inmanente al sistema no está en crisis, lo que se encuentra en crisis es una concepción político-criminal, crítica y trascendente al sistema jurídico en la medida en la que se le han asignado unas expectativas que no está en condiciones de cumplir. Hasta ahora la teoría del bien jurídico crítica al sistema no ha podido cumplir el objetivo que se había fijado a sí misma de “poner en manos del legislador penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y desarrollar, al mismo tiempo, un baremo para el examen externo de la justicia de dichas decisiones”⁴¹⁰.

Este debate de principios muestra una tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico que se traduce en la aparición, siempre creciente en la jurisprudencia y en la doctrina, de nuevos bienes jurídicos universales, esto es, bienes jurídicos supraindividuales o de la generalidad. En el Derecho penal económico, por ejemplo, la llamada estafa de subvención (se trata de la subvención como instrumento de conducción de la economía estatal y de los objetivos económicos-políticos perseguidos por ella), el tipo penal del abuso de seguro (se trata de la capacidad social de rendimiento de la institución del seguro como bien jurídico supraindividual), en el Derecho penal del medio ambiente (se habla directamente del medio ambiente), en el Derecho del tráfico vial (se trataría del bien jurídico seguridad del tráfico vial), y en el caso del lavado de dinero (una parte de la doctrina se refiere, llanamente a la “seguridad interna como bien jurídico”⁴¹¹.

VII. JURISPRUDENCIA

409 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, p. 302.

410 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, Op. cit., pp. 9-10.

411 HIRSCH Hans Joachim, Op. cit, pp. 303-304.

- 1) “El Título Preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la imposición de la pena necesariamente se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; en ese contexto, si bien se advierte de modo palmario que el acusado ha narrado a nivel de instrucción y en el juicio oral, que existió agresión física en contra del agraviado, cierto es también que no se ha acreditado con documento alguno la preexistencia del objeto material del delito de homicidio calificado - parricidio, que es el cadáver de la víctima (...) por lo que mal se podría hablar de la consumación del delito de homicidio calificado sin la víctima de ello; en consecuencia al no haberse acreditado la afectación al bien jurídico protegido del delito instruido, corresponde absolverse al procesado por insuficiencia de pruebas (...)”(Ejecutoria Suprema de fecha 14.01.2004 de la Sala Penal Transitoria. R.N. N° 2699-2002 – Ancash, considerando único)
- 2) “Primero.- Que el Derecho penal tiene encomendada la protección de bienes jurídicos; ya que en toda norma jurídico-penal, subyace juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad; que son por lo tanto merecedores de protección a través del poder coactivo o punitivo del estado representado por la pena pública, y de ese modo lograr la paz social en la comunidad”. (Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 3149-2004 – Lima, de fecha 20.01.2004, considerando 1)
- 3) “El Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social (...) el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho Administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre e mayor

entidad en el delito con la relación a la infracción administrativa” (Ejecutoria Suprema de fecha 07.06.2006 de la Sala Penal Permanente R.N. N° 2090-2005 – Lambayeque, considerandos 3 y 4 –el cuarto considerando constituye precedente vinculante en virtud al Acuerdo Plenario N° 1-2007/ESV-22 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de lesividad procede del aforismo latino *nullum crime sine injuria*, que significa que no hay delito sin lesividad u ofensividad. El Derecho penal no puede proteger una moral o una religión determinada. En virtud del mismo, el orden penal vigente sólo puede encontrar validez legal si es que bajo el tipo penal que describe el comportamiento humano se haya un bien jurídico protegido; un delito sin bien jurídico que proteger constituye una norma inconstitucional que, de no ser declarada como tal, debe ser inaplicada por el Poder Judicial a través del control difuso.
2. El principio de lesividad no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de la Carta Magna de 1993. No obstante, el mismo no podría ser desconocido por resultar aquel un postulado que garantiza el estatus prioritario de la persona humana dentro del Estado social y democrático de Derecho. Las declaraciones constitucionales de la Ley Fundamental en vigor previstas en el artículo 1 “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, en el artículo 44, “el Estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”, sientan ambas las bases para un posterior desarrollo normativo de la teoría del bien jurídico. Las mismas bases en esencia estuvieron previstas en los artículos 1 y 80 de la Constitución de 1979.
3. De manera concreta podemos detectar una estrecha relación entre el principio de lesividad y el principio constitucional de proporcionalidad de las penas. En ese sentido, vale la pena resaltar el Tribunal Constitucional ha constitucionalizado el principio de proporcionalidad de las penas, en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución y ha depositado en este principio la importantísima función de servir como “el límite principal a la libertad de configuración legislativa en materia penal”. El principio de lesividad de modo concreto, en el nivel del principio de proporcionalidad de las penas, se encuentra implícito en el niveles de idoneidad, donde se exige la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr alcanzarlo. Luego de lo cual, cobra sentido los exámenes de necesidad y de proporcionalidad en sentido concreto.
4. El concepto de bien jurídico dentro del Derecho penal cumple diversas funciones de singular importancia. El mismo cumple una función material por la cual permite encontrar el fundamento o razón de ser de un determinado injusto (conducta típica y antijurídica). La única manera de comprender

realmente porque una determinada conducta está siendo sancionada como delito es cuando nos remitimos a la norma penal conociendo que existe un bien jurídico tutelado está siendo lesionado o puesto en peligro con una actividad del agente (disvalor de acción) o la producción de un resultado (disvalor de resultado).

5. El bien jurídico realiza funciones de carácter formal al cumplir un *rol sistematizador* de la Parte Especial, organizando la división de los diferentes tipos de delitos en Libros y Títulos; un *rol jerarquizador*, que permite diferenciar cuando un bien jurídico resulta predominante frente a otro; y, finalmente, un *rol orientador* en la labor hermenéutica de los operadores judiciales en la interpretación de cada tipo penal.
6. El concepto de bien jurídico trascendente al sistema significa verlo como previamente dado al derecho positivo. La existencia *a priori* de un concepto de bien jurídico se entiende como un esfuerzo por evitar los desbordes del Derecho penal. El concepto de bien jurídico inmanente al sistema significa verlo como conectado al contenido del derecho positivo en su interpretación. Se trata de que, en la interpretación de las figuras penales, se pregunte al derecho positivo acerca de qué valor individual o colectivo debe ser protegido, por cada uno de sus preceptos, de una posible afectación y que consecuencias se deben extraer para el orden sistemático y para los límites jurídicos positivos del precepto.
7. El contenido del bien jurídico pretende ser establecido por partes de teorías que modernamente han sido clasificadas como teorías constitucionalista o sociológicas. Las teorías sociológicas entienden al bien jurídico desde su dimensión social como “condiciones necesarias para la conservación del orden social” (lesividad social). Lo cual exige perturbación del normal desarrollo según una interacción social. Las teorías constitucionales presentan dos posiciones. Las teorías constitucionales estrictas son aquellas que consideran que los bienes jurídicos deben encontrarse contemplados de forma expresa o implícita en la Constitución. Las teorías constitucionalistas amplias exige una vinculación programática entre el bien jurídico y las metas constitucionales. Nuestro Tribunal Constitucional adopta las tesis de las teorías constitucionalistas amplias.
8. El concepto del bien jurídico presupone el merecimiento de pena que apunta a la gravedad de la acción desplegada, mientras que también lleva implícito la necesidad de pena, que resalta la utilidad o rendimiento que obtiene la sociedad a fin de proteger a la persona y a la sociedad de la comisión de delito; ambos conceptos se encuentran vinculados con el principio de proporcionalidad. De otro lado, el principio de lesividad lleva consigo el principio de intervención mínima que, a su vez, comprende la *última ratio* y la *fragmentariedad*.
9. Los bienes jurídicos dependiendo de la titularidad jurídica recaída sobre los mismos pueden ser individuales o colectivos. Las condiciones sociales objeto de tutela pueden recaer sobre intereses individuales o colectivos, estos

últimos, están estructurados sobre funciones del sistema social que han sido asumidos como valiosos para la vida del hombre en una sociedad determinada. Ejemplo de intereses individuales son la vida, el honor, la intimidad personal, la libertad, etc; y, ejemplo de intereses colectivos son la salud pública, el medio ambiente, la libertad sindical, el orden económico, etc.

10. Se palpa en el ambiente que la teoría del bien jurídico, en cuanto instrumento suprapositivo de legitimación, se halla en crisis o, al menos, en serias dificultades. Hay una tendencia a la disolución del concepto de bien jurídico que se traduce en la aparición, siempre creciente en la jurisprudencia y en la doctrina, de nuevos bienes jurídicos universales, esto es, bienes jurídicos supraindividuales o de la generalidad. En los mismos se recurre a la utilización del “peligro abstracto” para posibilitar la inserción de nuevos tipos penales, muchas veces, en contravención de principios básicos como el principio de culpabilidad. Ello, ha generado que cierto sector de la doctrina prefiera agrupar este tipo de criminalización en una nueva categoría “Derecho de intervención”.

§ 6. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

I. INTRODUCCIÓN

El principio de legalidad procesal penal o garantía jurisdiccional se sustenta en el principio que nadie puede ser sancionado penalmente sin antes haber sido juzgado debidamente a través de un proceso cuya conducción y reglas de juego deben de haber sido claramente preestablecidas en la ley. Es el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal judicial imparcial antes de que una pena le sea impuesta. El principio de no ser penado sin previo proceso judicial, se encuentra resumido en el aforismo: *Nullum poena sine iudicio* (no ha pena sin juicio previo) o traducido en la expresión latina: *Nemo damnetur nisi per legale indicio* (principio de necesidad del proceso penal).

El proceso judicial para cumplir su objeto de llegar a la certeza sobre los hechos que se juzga, y, sobre todo, para no perder legitimidad, requiere estar dirigido por un órgano imparcial. La imparcialidad se garantiza con la existencia de un juez predeterminado por la ley que recibe el nombre de juez natural o juez legal. El contenido del principio de garantía jurisdiccional comporta una reserva de jurisdicción: sólo los jueces y tribunales pueden declarar el delito e imponer la ley.

El efecto práctico de la garantía del juez natural radica en impedir que una persona sea desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley o sometida a

procedimientos distintos a los previamente establecidos o juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales, cualquiera sea el nombre que a estas se le diese. De modo que, “nadie puede ser condenado a una pena sin previo proceso legal ante un tribunal competente y constituido de modo regular”⁴¹².

“Las penas y medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas por órgano Jurisdiccional y competente y de acuerdo a las normas de un debido proceso legal”⁴¹³”. En la STC 77/1983 del Tribunal Constitucional español, recogida por el profesor VIVES ANTÓN, se expone que: “Consecuencia de la reserva de jurisdicción a la que acaba de aludirse es que la actuación sancionadora de la Administración está subordinada, cuando de hechos constitutivos de delito se trate, a la de los tribunales de justicia, hasta el punto de que no puede actuar hasta que éstos no hayan concluido y ha de respetar, en cualquier caso, el planteamiento fáctico que hayan realizado”⁴¹⁴.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo V.- “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley”⁴¹⁵.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

No regula sobre el particular

Código Penal de Costa Rica

412 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p. 134.

413 VILLAVICENCIA TERREROS, Felipe A, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p.128.

414 VIVES VILLAVICENCIO ANTÓN, Tomás S. Comentarios al Código Penal de 1995. V. I. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 54.

415 Artículo V-Anteproyecto de 2004.- “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad, y sólo puede hacerlo en la forma establecida en la ley”.

Artículo V- Anteproyecto de 2009.- “Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y sólo puede hacerlo en la forma establecida en la ley”.

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

No regula sobre el particular

Código Penal de España

Artículo 3

1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes.

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

No regula sobre el particular

Código Penal de Panamá

No regula sobre el particular

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

Art. 5.- Principio de Judicialidad: La pena o la medida de seguridad se impondrán mediante sentencia judicial exclusivamente.

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de legalidad procesal penal encuentra su fuente directa en la *garantía nullum poena sine iudicio* y en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, este último incorporado en la garantía constitucional al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, garantías previstas ambas, en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente. En opinión de SAN MARTIN: “La garantía jurisdiccional –ahora norma procesal constitucionalizada-, incorpora el principio de necesidad del proceso penal, que se traduce en la expresión latina: *Nemo damnetur nisi per legale indicio*. Estatuye la Constitución [de 1993]: ‘Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [artículo 139] 10. El principio de no penado sin proceso judicial’”⁴¹⁶. Pero, en la medida que el principio de legalidad procesal o garantía jurisdiccional no solamente se limita a exigir la existencia de un juez competente, sino, a su vez, incorpora “la necesidad de una ley que regule el proceso penal orientado a esclarecer la comisión de un hecho punible”⁴¹⁷, el origen de dicho principio se encuentra también en el derecho fundamental al debido proceso, previsto en el artículo 139; inciso 3 de la Carta Política de 1993.

En ese sentido, BERNALES BALLESTEROS, sostiene que: “Aunque de naturaleza distinta por el hecho que presupone, el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139

416 SAN MARTIN CASTRO, César. Garantía Jurisdiccional; en: AAVV. Código Penal Comentado, Op. cit., p. 153.

417 Loc. cit.

—que a su vez era el apartado “I” del inciso 20 del artículo 2 de la Carta de 1979— está vinculado al tema que comentamos, puesto que establece que [Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva] ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación’. En efecto, no basta con señalar que toda persona debe tener derecho a juicio antes de ser penada. También es necesario que se respete la jurisdicción predeterminada y que no se creen tribunales de excepción⁴¹⁸. El literal “I” del inciso 20 del artículo 2 de la Ley Fundamental de 1979 —que inspiró el Código Penal de 1991— señalaba: “ Toda persona tiene derecho. 20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: I) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas, al efecto, cualquiera que sea su denominación”.

En ese orden de ideas, el principio de no ser sancionado penalmente sin un previo proceso judicial constituye el primer contenido central del principio de legalidad procesal penal. El inciso 10 del artículo 139 de la Constitución consagra el primer contenido del principio de legalidad procesal penal consistente en la garantía de no ser penado sin proceso judicial. Esta garantía impide que la pretensión punitiva dirigida por el Estado contra un individuo se materializarse de inmediato, ya que entre el momento de comisión del delito y la aplicación de la pena debe transcurrir un proceso a fin de establecer fehacientemente la culpabilidad o inocencia del procesado. Lo cual, como hemos señalando anteriormente, en el caso del artículo V del Título Preliminar del Código Penal de 1991, encontró su fuente directa en el inciso 9 del artículo 233 de la Constitución de 1979, donde se establecía: “Son garantías de la administración de justicia: 9. La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos”. La Carta vigente ha desdoblado este precepto en tres incisos del artículo 139: 10, 14 y 16, respectivamente⁴¹⁹.

Sin perjuicio de ello, como ya sea ha advertido, el principio de legalidad procesal penal se complementa con la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, prevista en el inciso 3) del artículo 139 de la Carta Magna de 1993, como parte integrante de la garantía del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley está reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución, según el cual “Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)”. La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es

418 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Op. cit., p. 651.

419 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Op. cit. p. 650.

recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139 e imparcialidad en la resolución de la causa⁴²⁰.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que, “el segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, consagra el derecho al “juez natural” o, como *expresis verbis* allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al ‘debido proceso legal’ o, lo que con más propiedad, se denomina también ‘tutela procesal efectiva’. Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado (...). El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo en base a “órganos jurisdiccionales de excepción” o por “comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación” (...). El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley garantiza, como lo ha expresado la *Corte Costituzionale*, ‘una rigurosa imparciabilidad del órgano judicial’ (*Ordinanza* N.º 521/1991) o, como también lo prescribe el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el juzgamiento por un ‘tribunal competente, independiente e imparcial’”⁴²¹.

De otro lado, no podríamos dejar de mencionar que el principio de legalidad procesal penal o garantía jurisdiccional tiene un origen constitucional propio. Es autónomo e independiente, pese a sus innegables semejanzas, en cuanto a la denominación y en cuanto al contenido de sus postulados, respecto al principio de legalidad penal. En ese sentido, SAN MARTÍN, señala que: “Es particularmente importante precisar, como lo hemos hecho, la fuente constitucional, pues desde ya en nuestro ordenamiento jurídico no puede deducirse formalmente, y creo esencialmente, la garantía jurisdiccional no puede deducirse del principio de legalidad penal, anclado como derecho constitucional de carácter materia de la persona en el artículo 2.24.d) de la Ley Fundamental”⁴²². En ese mismo sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha considerado que no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de legalidad procesal penal, en razón a que: “el principio de legalidad, garantizado por

420 STC. N° 00010-2002-AI.

421 STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003 (FJ 8).

422 “En tanto que, como apunta BRAMONT-ARIAS TORRES, tal principio solo permite sostener que la principal fuente del Derecho penal es la ley –principio de reserva de ley–, la cual debe cumplir tres requisitos: debe ser escrita, previa y estricta”. SAN MARTÍN CASTRO, César. Código Penal comentado, Op. cit., p. 153. El mismo señala que ello es afirmado, tanto por la doctrina como por Tribunal Constitucional de España, debido a que “en la Constitución de ese país no existe una norma como la nacional”, lo cual ha llevado a deducirla del principio de legalidad, “concepto extensivo que incluso ha sido utilizado para incorporar otra noción distinta como es el *ne bis in idem* material, que en nuestra Ley Fundamental igualmente tiene norma expresa, como es el artículo 139. 13”. Con cita a LUZÓN PEÑA, señala: “que aunque la garantía jurisdiccional se le suele considerar una última derivación del principio de legalidad, lo cierto es que es una garantía autónoma, derivada del Estado de Derecho y de sus principios de división de poderes, seguridad y tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, y que naturalmente existe también en sistemas penales de Estados de Derecho, perno regidos por el principio de legalidad penal, como en los sistemas anglosajones” y con propias palabras concluye: “La exigencia del juicio previo y que sean jueces legales quienes declaren la culpabilidad o, en su caso, la peligrosidad de una persona y, sobre esa base, impongan la sanción penal pertinente, es independiente de la concreta estructura legal material, de los principios o reglas sobre las que ella se desarrolla. Sustancialmente los criterios normativos que sirven al juez para decidir un conflicto jurídico no determinan quién juzga y cómo debe hacerlo, solo le dicen al juez en el marco de un proceso –que es el contenido unívocamente aceptado de una norma típicamente procesal– que para sancionar penalmente a una persona debe tomar en cuenta determinados parámetros jurídicos, de derecho material”. Ibid. p. 154. Cfr. VILLA STEIN, Javier, Derecho Penal. Parte General, Op. cit., p. 120.

el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el principio de legalidad procesal penal, en cambio, enunciado en el artículo 139 inciso 3), referido al aspecto puramente procesal, garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que ésta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ó por comisiones especiales⁴²³.

No obstante lo anterior, no es menos cierto que entre los principios *nullum poena sine iudicio* y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como garantía incorporada al derecho al debido proceso y que en su conjunción dan origen al principio de garantía jurisdiccional existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal "d" de la Carta Magna de 1993⁴²⁴, que estuvo consagrado en el artículo 20; inciso a) de la Constitución de 1979⁴²⁵, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en lo que respecta al subprincipio de reserva de ley o *lege scripta*, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley, rechazándose aquellas de menor jerarquía. En similar sentido CASTILLO ALVA refiere: "La garantía jurisdiccional propia del principio de legalidad, que ha sido desarrollada por la doctrina española con gran acierto, sin tiene algún sentido, debe justamente acudir en beneficio del ciudadano, protegiéndolo de intervenciones estatales arbitrarias, que no sólo se manifiestan en la creación de delitos y penas a quienes se asigna vigor retroactivo, sino también cuando se busca suspender o interrumpir los plazos de prescripción ya iniciados"⁴²⁶.

V. CONCEPTO

El principio de legalidad procesal penal garantiza que toda persona antes de ser condenada a una pena tenga el derecho a ser sometida a un proceso penal, en el cual pueda contradecir los cargos que se le imputan, esto es, defenderse y que, asimismo, tanto este procesamiento como la conducción del mismo a cargo de un juez, se encuentren predeterminados previamente por la ley. "La función jurisdiccional es, esencialmente una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresivo de la soberanía"⁴²⁷.

El principio de legalidad procesal penal cumple una *doble función* ya que garantiza al justiciable la certeza, justicia y legitimidad del resultado de un proceso y, a su vez, asegura a la persona que los derechos y garantías consagradas en las normas también

423 EXP. N.º 8957-2006-PA/TC.

424 Artículo 2; inciso 24 literal "d" de la Carta Magna de 1993.- "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

425 Artículo 20; inciso d) de la Constitución de 1979.- "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

426 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 108.

427 NOGUERA RAMOS, Ivan, Op. cit., p.146.

son susceptibles de encontrar verificación en la realidad, a través de la actividad judicial, conforme al principio anglosajón, “*where there is no remedy there is no right*” (donde no hay tutela judicial no hay derecho). “Es menester la superación de distintas etapas judiciales que en su conjunto se denominan “proceso”, esto es, “aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta. Con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso en concreto”⁴²⁸.

El principio de legalidad procesal penal comprende el derecho al juez predeterminado por la ley. El derecho al juez predeterminado por la ley garantiza la imparcialidad de la decisión judicial final y el propio proceso, ya que la sola ocurrencia de un proceso previo, en sí misma, es insuficiente, pues cualquier intervención de dos o más sujetos resolviendo una controversia podría adquirir la misma denominación. Por ello, cualquier desviación de la jurisdicción predeterminada por la ley, el sometimiento a procedimientos distintos a los previamente establecidos, los juzgamientos mediante tribunales de excepción o comisiones especiales, sin importar el nombre que reciban, se encuentran absolutamente proscritos.

Igualmente, el principio de legalidad procesal penal garantiza la existencia de un proceso dentro del cual todos los intervinientes se hayan sometidos inexcusablemente a reglas de juego predeterminadas por la ley. El Estado, en ejercicio de su actividad punitiva, debe observar en el principio de legalidad procesal penal los cuatro subprincipios derivados del principio de legalidad -carácter previo, escrito, estricto y cierto de sus previsiones- siendo allí donde se aprecia la relación de complementariedad garantista entre ambos principios y la consolidación de las cuatro garantías derivadas del principio de legalidad (criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución); obligación que no se agota en la instancia legislativa sino que se extiende a través de múltiples manifestaciones de todos los órganos vinculados al ejercicio de aquella facultad⁴²⁹.

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional peruano en sentencia del 03 de enero de 2003⁴³⁰, en alusión al contenido del artículo 139°3. de la Constitución Política: “La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa”.

Es importante resaltar que la naturaleza del principio de garantía jurisdiccional tiene naturaleza eminentemente procesal. En ese sentido, SAN MARTIN sostiene: “Sin duda alguna el analizado artículo V del Título Preliminar del Código Penal es una norma procesal y, como tal, pertenece al ámbito del Derecho procesal penal. Su ubicación, por tanto, si se quiere ser estricto, no debe estar en el Código Penal, sino

428 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Garantías constitucionales en materia penal, Ed. Editorial Astera, Buenos Aires, 1996, p.87.

429 AMORETTI PACHAS, Víctor Mario. Violaciones al Debido Proceso Penal, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 20.

430 STC Exp. N° 010-2002-AI/TC (FJ 3).

en el Código Procesal Penal, para el que cuenta con norma constitucional expresa⁴³¹. Es por ello que actualmente el contenido del principio de legalidad procesal penal o garantía jurisdiccional se encuentra también regulado de modo expreso en los artículos I, V y VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004 – Decreto Legislativo 957⁴³².

VI. CONTENIDO

6.1. La judicialidad del proceso penal

El aforismo latino *nulla poena sine iudicio* encuentra su consagración en el Derecho penal. Pues, éste se caracteriza por la singularidad que tienen dentro del ordenamiento jurídico de que únicamente puede aplicarse jurisdiccionalmente, esto es, en el marco de un proceso conducido por el órgano jurisdiccional, bien sea ante la jurisdicción ordinaria o ante los fueros militares, por excepción. Lo cual constituye una gran diferencia en relación con otros derechos sustantivos, como, por ejemplo, el civil o el comercial, respecto a los cuales cabe la posibilidad de no recurrir a un proceso judicial, sino a la transacción extra-judicial o al arbitraje, como instituciones reconocidas constitucionalmente como medios alternativos de solución de controversias jurídicas, los mismos que a su vez permiten una vez iniciado el proceso civil su finalización en cualquier momento que éste se encuentre, lo que, por los principios de publicidad e irrevocabilidad de la acción penal, no resulta posible en el marco de un proceso penal⁴³³.

En ese contexto, GÁLVEZ VILLEGAS, al comentar el artículo 139.1 de la Constitución, el mismo que prescribe que son principios y derechos de la función jurisdiccional: La Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional, sostiene: “a) Función de Unidad.- La unidad de la jurisdicción como función soberana estatal no es incompatible con la necesidad conceptual, obtenida sobre la base del ordenamiento positivo en un momento dado, de distinguir dentro de ella aspectos o clases cuyo origen se debe a la necesidad de diferenciar aspectos funcionales para un normal desarrollo de las consecuencias de la división del trabajo. La jurisdicción es única, aunque tiene diferentes manifestaciones, como la civil, la de familia, la penal, la laboral y la contenciosa administrativa; b) Función Exclusiva o Soberana.- El monopolio de la jurisdicción supone la existencia de una autoridad

431 SAN MARTÍN CASTRO, César, Garantía Jurisdiccional, Op cit, p.154.

432 Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Título Preliminar. Artículo I. Justicia Penal.-

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código (...)

Artículo V. Competencia judicial.-

1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley.

433 Salvo las excepciones previstas en los casos materia de querellas privadas o procesos por delito de ejercicio privado de la acción penal, donde la transacción extrajudicial sí produce un efecto extintivo de la acción penal o de los supuestos abarcados por el principio de oportunidad, conforme a lo previsto en el artículo 2 del Código Procesal Penal de 1991 y al artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal del 2004.

“Monopolizadora”. Los jueces y tribunales, y un objeto “Monopolizado”, que es un instrumento: El proceso⁴³⁴.

6.2. El concepto del juez ordinario predeterminado por la ley

El derecho al “Juez ordinario predeterminado por la ley” constituye, desde una perspectiva globalizadora, ‘un derecho público, subjetivo y constitucional, de carácter fundamental y, en buena medida, de configuración legal, que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de parte en cualesquiera procesos jurisdiccionales y cuyo contenido esencial radica en preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, constitución, competencia y composición de los órganos judiciales con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁴³⁵. El mismo garantiza que en todo proceso jurisdiccional y, por supuesto, también en el proceso penal, en el cual podrían imponerse a su conclusión penas o medidas de seguridad, se encuentren a cargo de un juez ordinario predeterminado por la ley, según las normas de competencia y procedimiento que la misma establece, también denominado “juez legal”; negándose competencia y virtualidad para ello a “jueces o tribunales de excepción”. El derecho al juez legal encierra un doble concepto, de carácter positivo, con el derecho al juez predeterminado por la ley y, de carácter negativo, con la proscripción de tribunales de excepción.

6.3. El fundamento del juez ordinario predeterminado por la ley

El juez legal se instituye como una garantía fundamental consagrada en la Carta Magna y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos, que da a toda persona sujeta a un proceso penal el derecho a ser investigado y juzgado por órganos jurisdiccionales creados con anterioridad a la instauración del proceso penal. La garantía del “juez ordinario predeterminado por la ley” se dirige originariamente contra la facultad del poder ejecutivo de avocar hacia sí el conocimiento de un asunto rompiendo las reglas que rigen su atribución a cualquier juez o tribunal. El principio de predeterminación legal del juez opera hoy también en el interior del propio Poder Judicial: “es una garantía frente a los órganos de gobierno del Poder Judicial y también –aunque muchas veces parece olvidarse- frente al legislativo. En consecuencia, los atentados contra esta garantía constitucional pueden provenir tanto de actos del legislativo como del ejecutivo o de los órganos rectores del Poder Judicial. Y ello sucederá siempre que se altere la competencia o la composición del órgano jurisdiccional con la finalidad de sustraer, arbitrariamente y *ex post factum*, algún litigio de su conocimiento⁴³⁶.

La predeterminación del juez ordinario garantiza la independencia, así como la imparcialidad, y, por ende, el debido proceso. El enemigo no puede juzgar ni designar al juzgador de su adversario. Vivir en un Estado de Derecho exige que el proceso comparta las características del modelo estatal donde se desarrolla. La independencia del Poder Judicial constituye una manifestación del principio de

434 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, El Código procesal penal, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos, Ed. Jurista editores, Lima, 2008, p. 56

435 DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo, El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 27.

436 Ibid, p. 27.

división de poderes. Del mismo modo, la imparcialidad del juzgador constituye un elemento del debido proceso, propio de un sistema que privilegia los derechos fundamentales del individuo. La única manera de asegurar esa imparcialidad es estableciendo una jurisdicción previa y proscribiendo una jurisdicción establecida en razón de la persona objeto de procesamiento. Con razón, sostiene ROXIN que, “bajo el punto de vista del Estado de Derecho (...) la finalidad de un régimen de competencia legal relativamente complicado y detallado consiste justamente en que para cada hecho punible esté previsto un órgano de decisión judicial determinado legalmente, con lo cual no queda posibilidad alguna para que la persona del juez que decide sea elegida arbitrariamente según criterios no objetivos”⁴³⁷.

La predeterminación del juez tiene como finalidad que el justiciable conozca y tenga la seguridad de quien ha de ser el que debe juzgarlo en su caso, los juzgados o tribunales especiales designados con posterioridad a los hechos, como sostienen los doctrinarios extranjeros y nacionales, va en contra del juez legal, porque muchas veces se presta a la manipulación, pues indirectamente el órgano de gobierno “designa o elige” a los jueces y lógicamente, lo que persiguen es darles directivas para el ejercicio de su función jurisdiccional. Con la garantía del juez natural se evita las manipulaciones políticas, así como lograr que el juicio sea imparcial y evitar la sustracción de los procesos que están siendo conocidos por los jueces naturales, para asignarles competencias a los que recién se crean, constituyendo de tal manera, por vía indirecta, una verdadera comisión especial disimulada⁴³⁸. En ese sentido, en opinión de GUERRERO PERALTA: “La función del principio se dirige a garantizar al máximo la imparcialidad en el juzgamiento”⁴³⁹. No hay que olvidar que, la imparcialidad del órgano jurisdiccional forma parte de las garantías básicas del proceso, constituyendo incluso la primera de ellas⁴⁴⁰.

La predeterminación legal del juez reúne normas relativas a los límites de la jurisdicción y competencia entre los órganos jurisdiccionales así como las referidas a la incompatibilidad con el nombramiento de jueces Ad-hoc. Como se ha dicho, está prohibido nombrar jueces, investirlos de jurisdicción y competencia para luego encomendarles determinados casos. Juez como tal, con jurisdicción debe preexistir al caso y su conocimiento se rige por las reglas de competencia. De allí, que de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda que nos e infringe este principio cuando nos encontramos ante juzgados y tribunales de naturaleza especial, creados – como se ha mencionado anteriormente- para el conocimiento y juzgamiento de determinados delitos por la especialidad que se requiere más que por la complejidad o circunstancias extraordinarias, como sucede en los casos de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, o en los casos de criminalidad organizada y en los casos de corrupción⁴⁴¹.

En ese sentido, se aprecia la existencia de una doble garantía incorporada en el derecho al juez legal. Por un lado, para el justiciable a quien se le asegura que jamás en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto de los que integran la

437 ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, Ed. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, p. 31.

438 AMORETTI PACHAS, Víctor Mario, *Op. cit.*, p. 83.

439 GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal*, Bogotá, 2007, p. 89.

440 NEYRA FLORES, José, *Manual del nuevo Proceso Penal & de Litigación oral*, Ed. Idemsa, Lima, 2010, p. 155.

441 SANCHEZ VELARDE, Pablo, *Comentarios al Código Procesal Penal*, Lima, Ed. Idemsa, 2004, p. 263.

jurisdicción; y, por otro lado, constituye una garantía propia de la jurisdicción, pues impide que el Poder Ejecutivo disponga a su antojo la constitución y funcionamiento de los tribunales. El principio garantiza que nadie será juzgado (en ninguna instancia) por organismos jurisdiccionales creados para intervenir especialmente en la investigación o juzgamiento del delito que se le imputa, o respecto de su persona en particular, después de que la presunta infracción haya sido cometida; prohíbe así los tribunales *ex post facto*, designados especialmente para el caso (*Ad-Hoc*).

6.4. Características del juez ordinario predeterminado por la ley

Las notas características del juez legal, son las de *judicialidad, ordinariedad y predeterminación legal*. Sobre la primera y la segunda, es evidente que la Constitución exige que el órgano judicial llamado a conocer de un proceso debe estar incardinado en el ordenamiento judicial y rodeado de las garantías propias de todo órgano jurisdiccional: independencia y aplicación objetiva del derecho, amén de que los criterios de determinación competencial deben tener un carácter general. Lo ordinario, desde luego, no se opone a la existencia de órganos especializados, pero sí de órganos de excepción⁴⁴²; ni encuentra contradicción alguna con la jurisdiccional militar, siempre que su ejercicio se mantenga dentro de los límites constitucionales. La tercera nota característica: la predeterminación legal, plantea cuestiones de diversa índole. Por un lado, la palabra “predeterminado, exige, en el orden penal, que el órgano judicial que haya de conocer del caso esté designado con carácter general y previamente a la comisión del hecho delictivo o –según la tesis que se siga- a la iniciación del proceso⁴⁴³, mientras que la predeterminación ha de hacerse, por la “ley”, entendiendo por ésta, desde la norma constitucional o “ley de leyes” hasta las leyes ordinarias de carácter procesal, que concretan su competencia objetiva, territorial y funcional.

6.5. Ámbitos de aplicación del juez ordinario predeterminado por la ley

La aplicación y observancia del derecho al “juez legal” es tan sólo reclamable en el estricto marco del “proceso jurisdiccional”. Quiere decir que se excluye la vigencia del referido derecho en los procedimientos no jurisdiccionales, tales como el administrativo o el arbitral⁴⁴⁴.

a) Exclusión del procedimiento administrativo sancionador

En España, la STC 197/1995 (Pleno), de 21 de diciembre (FJ 7) recuerda que: (...) “El Tribunal Constitucional tiene declarado desde la STC 18/1981, doctrina que ha sido posteriormente reiterada en numerosas ocasiones, que los principios inspiradores del orden penal sin de aplicación, con ciertos matices, al Derecho

442 En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que la creación de sub especialidades de algunas Salas Penales instituidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, como es el caso de las Salas de Tráfico Ilícito de Drogas (hoy se tendría, por ejemplo, la Sala Nacional de Terrorismo y los Juzgados Especializados de Terrorismo –R.A. N° 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003- y la Sala Especial para Delitos de Corrupción y los Juzgados Especiales de Corrupción en la Corte Superior de Lima -024-2001-CT-PJ, de 01 de febrero de 2001), no vulnera el derecho al juez legal o natural, dado que la Ley ya reconocía la existencia de Salas Penales con especialización concreta de los múltiples ámbitos de actuación del Poder Judicial. SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. V. I. Ed. Grijley, Lima, 2006: 153.

443 DE DIEGO DIÉZ, Op. cit., pp. 33-34

444 Ibid, p. 37.

administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales (...) No obstante el Tribunal se ha referido también a la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar al ámbito administrativo sancionador las garantías esenciales (...) en materia de procedimiento y con relación directa al proceso penal, pues esta operación no puede hacerse de forma automática, dadas las diferencias existentes entre uno y otro procedimiento. De modo que la aplicación de dichas garantías a la actividad sancionadora de la Administración sólo es posible en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador (SSTC 18/ 1981, fundamento jurídico 2º; 29 (1989, fundamento jurídico 6º; 22/1990, fundamento jurídico 4º; 246/1991, fundamento jurídico 2º, entre otras)”⁴⁴⁵. Pero, como refiere DE DIEGO DíEZ, “otros derechos, sin embargo, como las atinentes a la independencia e imparcialidad del juzgador (incardinados, según veremos, en el proceso con todas las garantías) y ‘al juez ordinario predeterminado por la ley’, han sido tradicionalmente excluidos por el Tribunal Constitucional del seno de los procedimientos administrativos”⁴⁴⁶. El referido autor al comentar lo relativo a la imparcialidad que se busca cuando en el ámbito del procedimiento administrativo se busca legalmente prohibir la acumulación de las funciones instructoras y decisorias a un mismo órgano, precisa que no obstante dicho cometido: “‘por la naturaleza misma de los procedimientos administrativos, en ningún caso puede exigirse una separación entre instrucción y resolución equivalente a la que respecto de los jueces ha de declararse en los procesos jurisdiccionales’ (STC 76/1990, FJ 8.A). En efecto, como apunta el Tribunal Constitucional en la resolución citada (referida a la acumulación de funciones inspectoras y liquidadoras en la Inspección de Tributos), tanto si se separan las funciones instructoras y sancionadoras, como si se atribuyen ambas a un mismo órgano, ‘el contribuyente estará siempre conforme a una principio de jerarquía, y esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre en los procedimientos judiciales, impide una absoluta independencia ad extra de los órganos administrativos tributarios, cualquiera que sea el criterio de distribución de funciones entre los mismos’”⁴⁴⁷.

445 Ibid. p. 38. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español, en la STC/ 1995, de 06 de junio (FJ 4): “Es cierto que constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así, por ejemplo, sentencias del TEDH de 08 de junio de 1976 –asunto Engel y otros-, de 21 de febrero de 1984 –asunto Oztürk-, de 28 de junio de 1984 –asunto Cambell y Fell-, de 22 de mayo de 1990 –asunto Weber-, de 27 de agosto de 1991 –asunto Demicoli-, de 24 de febrero de 1991 –asunto Bendenoun-, la de que los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987 y 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990), derechos fundamentales todos ellos que han sido incorporados por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa –tales como, por ejemplo, la del derecho al ‘Juez imparcial’ (SSTC 21/1990 y 76/1990) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1994)-, también han sido adoptadas en alguna medida por la legislación ordinaria aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal” Ibid, 39-40.

446 Ibid, 40.

447 Loc. cit. El mismo autor con cita en la STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 8) refiere: “El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías –entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador- es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del Poder Judicial no es, por

b) Exclusión del procedimiento arbitral

El juez legal no opera en el proceso arbitral. Negando la posibilidad de cobijar el arbitraje a la sombra del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en sus autos 41 y 259/1993. Uno y otro declaran que: (...) fueron los propios recurrentes quienes con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo así la posibilidad de una resolución judicial de sus posibles controversias. El hecho de que posteriormente ese inicial compromiso haya dado a un laudo, con cuyo procedimiento de generación no están conformes los demandantes, no afecta en absoluto a su derecho a la jurisdicción, ya que su renuncia al juez ordinario se produjo ya en el momento de concluir el compromiso de arbitraje⁴⁴⁸.

c) Aplicación en todos los órdenes jurisdiccionales

El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se extiende al ámbito de cualquier proceso jurisdiccional. El mismo es aplicable en el proceso civil, contencioso-administrativo o penal. Igualmente, comprende los procesos de menores y aquellos que se ventilan en la jurisdicción militar. En ese sentido, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que: “(...) el derecho al juez ordinario no encierra el derecho a una determinada jurisdicción, por considerado [sic] en abstracto, sino más bien el derecho a que la Ley con anterioridad al caso y con criterios de generalidad, contenga los criterios de determinación de las competencias de cada jurisdicción, para que pueda determinarse en cada caso concreto cuál es el juez competente (STC 101/1984, de 08 de noviembre, entre otras). De esta forma el derecho al juez ordinario excluye la posibilidad de que se nombren jueces *ad hoc* o que se amplíen ilegítimamente las competencias de las jurisdicciones especiales (SSTC 75/1982, de 13 de diciembre, y 111/1984, de 28 noviembre); pero en ningún caso puede defenderse que ese derecho lleve consigo la atribución de un caso concreto al orden jurisdiccional pedido por el interesado, puesto que esa función corresponde precisamente a los jueces y tribunales, de acuerdo con los criterios de generalidad establecidos en la ley⁴⁴⁹.”

En tal sentido, la garantía de juez legal exige la predeterminación del concreto órgano jurisdiccional (juzgado o tribunal) que haya de conocer del asunto, pero exige también la predeterminación del titular mismo del órgano conforme a las reglas generales. El derecho al juez legal está dotado de un contenido dual: objetivo (u orgánico), por un lado; y subjetivo (o personal), por otro. Se distingue así entre lo que se ha venido denominando el derecho al “juez-órgano” y el derecho al “juez persona” predeterminados por la ley. En ese sentido, el Tribunal Constitucional de España en la STC 47/1983, de 31 de mayo (FJ 2), se refiere a ambos aspectos de este derecho. Así, en punto al primero de ellos, esto es, al “juez-órgano”, declara que: “El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, consagrado en

esencia, predicable con igual significado y en la misma medida que los órganos administrativos (SSTC 175/1987 y 22/1990; AATC 320/1986, 170/1987 y 966/1987). Ibid, p. 41.

448 Ibid., p. 43.

449 Ibid., pp. 45-46.

dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurisdiccional, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional (...) exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por la ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esa forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta – y que se recoge expresamente en el artículo 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6.1. del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse⁴⁵⁰.

6.6. Contenido del juez ordinario predeterminado por la ley

6.6.1. Contenido general

El Tribunal Constitucional de España ha establecido en diversos pronunciamientos las garantías comprendidas en derecho del juez legal⁴⁵¹. En particular, en la ATC 324/1993, de 26 de octubre, el máximo interprete de la Constitución española ha sostenido que: “La garantía del ‘juez ordinario’ supone entre nosotros: a) en primer lugar, una interdicción del ‘juez excepcional’ (avocaciones no determinadas por la ley; jueces *ex post facto*, jueces *ad hoc*...), así como también del ‘juez especial’ entendido, eso sí, como un juez sito fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella-con excepción de la jurisdicción militar (...), pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por ley se centralicen ciertas competencias; b) al tiempo, dicha garantía implica una ‘predeterminación legal’, una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de ley (SSTC 101/1984, fundamento jurídico 4.º, y 93/1988, fundamento 4.º), entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los Tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y c) por otro lado, la mencionada garantía supone también que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titularidades del órgano, aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues

450 Ibid, pp. 69-70.

451 Al respecto, en nuestro medio, CUBAS VILLANUEVA, ha señalado que: “Este derecho a juez legal o predeterminado por la ley comprende: i) que el órgano judicial haya sido creado previamente, respetando la reserva de ley de la materia. Imposibilidad de constituirlo post factum; ii) que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial; iii) que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle como un Juez ad hoc o excepcional. Prohibición de Jueces extraordinarios o especiales; iv) que la composición del órgano judicial venga determinados por ley, siguiéndose, en cada caso concreto, los procedimientos legalmente establecidos para la designación de sus miembros” CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y Jurisprudencia Constitucional. Ed. Palestra, Lima, 2006, pp. 62-63.

lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un juez en concreto (SSTC 47/1983, fundamento jurídico 2.º, 23/1986, fundamento jurídico 3.º, etc)»⁴⁵².

a) Predeterminación legal del órgano jurisdiccional

La ley debe haber creado previamente el órgano judicial y haberlo dotado de jurisdicción y competencia con generalidad y anterioridad al caso. La nota de generalidad asegura la inexistencia de normas apegadas al caso concreto, de normas que regulen la competencia mediante criterios singulares tales como, por ejemplo, la identidad de los contendientes. La nota de anterioridad, en cambio, presupone la necesidad de que con, anterioridad en el tiempo al nacimiento de los conflictos, esté legalmente determinada la competencia sobre lo que a cada uno de los órganos judiciales corresponda enjuiciar⁴⁵³. No obstante, cuando se hace referencia a que el juez debe haber sido creado y dotado de jurisdicción y competencia “con anterioridad al caso” la vaguedad del término no precisa si se refiere con anterioridad a los hechos que dan lugar al proceso o con anterioridad al inicio del proceso ensimismo. La dificultad aumenta con los diversos cambios legislativos en materia competencial producto de los intentos de reforma judicial y procesal.

Las soluciones propuestas por la doctrina para establecer el *dies a quo* o momento de la predeterminación del juez legal son dos. La creación y dotación de jurisdicción y competencias, esto es, la determinación del juez ha de ser anterior a los hechos que el mismo ha de enjuiciar, o bien ha de ser tan sólo anterior al inicio del proceso. La primera posibilidad consiste en entender que la predeterminación se ve preservada siempre que la norma competencial preexista a los hechos que se enjuician. Se trata de una opción de inequívoco sabor penalista en cuanto, que por una parte, no ofrece dificultad alguna la consideración del hecho punible como objeto del proceso penal y, en segundo lugar, podría establecerse un paralelismo con la irretroactividad de las normas penales sustantivas respecto del *dies commissi delicti*, cristalizado también en ese momento la predeterminación competencial como correlato procesal de aquellas. La segunda posibilidad interpretativa es la que fija el momento de la predeterminación en función de la norma constitucional vigente al iniciarse el proceso. Así para garantizar el derecho al juez predeterminado, bastaría que la competencia del órgano juzgador se hubiera señalado por una ley anterior (quiere decir vigente con anterioridad) a que el proceso se inicie. De modo que, la predeterminación, en esta línea de pensamiento, significa que la existencia del juzgador ha de ser anterior a la iniciación del proceso en cuestión⁴⁵⁴.

452 DE DIEGO DÍEZ, Op. cit., pp. 59-60.

453 Ibid., p. 120.

454 Al respecto, DE DIEGO DÍEZ refiere que el Tribunal Constitucional español se ha decantado a favor de ambas posiciones, sin haber asumido una postura claramente definida, aunque con mayor preponderancia ha acogido el criterio de “anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial”. El inconveniente de asumir la “anterioridad al hecho” es el problema de extender dicha solución a otro tipo de proceso, como sucede en los civiles y laborales, en los cuales el objeto procesal sólo resulta inidentificable cuando se presenta la demanda, así como, la contrariedad que se generaría al aplicar sólo para las normas de competencia el criterio *dies delicti commissi*, y no al resto de normas procesales, las mismas que en su totalidad como se sabe se rigen bajo el principio *tempus regit actum*. Ibid., p. 120-126. El mismo autor con cita a DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ, parece mostrarse a favor del criterio “anterioridad al inicio del proceso”, al sostener, luego de afirmar que aquello “tendría la ventaja de su absoluta certidumbre en lo que a procesos no penales se refiere, puesto que el momento de cristalización de las normas

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que el juez legal es aquel anterior al inicio del proceso y no el anterior a la fecha de comisión del delito. En ese sentido, el máximo tribunal en sede constitucional ha señalado que: “la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución. ‘La predeterminación legal del juez significa’, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España [STC 101/1984], ‘que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso’, según las normas de competencia que se determine en la Ley⁴⁵⁵ (...) Como se ha dicho, este derecho implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo ha investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al inicio de la actuación judicial⁴⁵⁶.”

b) Interdicción de modificar arbitrariamente el órgano jurisdiccional

El principio de juez legal o juez ordinario predeterminado establece la necesidad de que la legislación competencial se dicte pro futuro. Al respecto, SAN MARTIN, parafraseando a ASENIO MELLADO, refiere que ello permitirá “que por ley se instituyan criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o sala llamado a conocer del caso⁴⁵⁷. El carácter pro futuro significa que la legislación competencial debe estar revestida de una cualidad singular que la haga susceptible de contener efectos de ultraactividad, a fin de que las mismas mantengan pleno vigor respecto a los procesos regidos inicialmente por ellas y que aún se mantengan en curso, incluso en el caso de ser derogadas (*perpetuatio iurisdictionis*).

No obstante, lo anterior si la *perpetuatio iurisdictionis* fuese aceptada a “raja tablas”, sin que valgan excepciones, podría implicar una situación tan rígida y solamente que conllevaría a estatuir la competencia de los jueces en intangible,

competenciales se podría fijar en el acto de parte que inicia el proceso”, que: el día a quo debe ser fijado en el momento a partir del cual puede ya desencadenarse una actividad jurisdiccional penal, puesto que a partir de este momento podrían producirse los atentados a la imparcialidad e independencia del juez o tribuna (...) desde el punto de vista de la ratio del principio del juez legal, esta solución parece igualmente adecuada. Si la razón de ser de la garantía del juez legal es –en cuanto a la predeterminación– impedir que incluso el legislador pueda intervenir para designar un juez ad hoc, sospechoso de parcialidad, la garantía se respeta siempre que la intervención se imposibilite desde que el juez competente inicie su tarea. En los procesos penales no existe certeza, antes de la petición de parte, acerca de que el proceso vaya a existir; no existiendo esa certeza, difícilmente se puede maniobrar para atentar contra el juez legal. En los procesos penales, dado que el principio de necesidad que los informa, a la comisión del hecho punible debe seguir el proceso penal como instrumento necesario de imposición de la sanción; pero la maniobra atentatoria contra la garantía del juez legal sólo puede darse, lógicamente, a partir del momento en que se tiene formalmente conocimiento de la comisión del delito, es decir, a partir de la noticia criminis. Ibid, p. 126-127, nota 8.

455 STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003 (FJ 8).

456 STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003 (FJ 9).

457 SAN MARTIN CASTRO, César, Código Penal Comentado, Op. cit., pp. 162-163.

incluso frente a para la propia ley. Una ley que entrase en vigor sólo podría afectar las normas de competencia pro futuro. Así frente al tradicional *tempus regit actum* como regla general de derecho transitorio procesal, se habría establecido constitucionalmente una regla especial para las normas de competencia: *tempus regit iudicem*⁴⁵⁸. En los casos de cambios sobrevenidos en el tiempo del régimen competencial de procesos ya iniciados, la jurisprudencia constitucional española ha utilizado para valorar la constitucionalidad de los mismos recurriendo a “ponderar su incidencia en el derecho al juez predeterminado en función de dos factores formales: que el legislador haya respetado la reserva de ley y la reforma se haga con criterios objetivos y de generalidad”⁴⁵⁹.

Las razones que justifican la aceptación de excepciones a la regla del juez predeterminado van desde aquellas netamente pragmáticas, que sostienen la necesidad de un paralizar una reforma procesal, hasta razones jurídicas, que consideran la existencia de otros valores jurídicos del mismo o mayor valor que dicho derecho (ej., proceso sin dilaciones indebidas), que deben ser objeto de ponderación, o, también quienes consideran que debe determinarse la ley competencial aplicable atendiendo al principio de favorabilidad, entre otras. La postura que establece la validez de la excepción sobre la base de la *ratio* del principio del juez legal es a nuestro criterio la posición correcta para armonizar tanto su valor como garantía y evitar los excesos de un sistema sumamente que no se adapte a las necesidades del tiempo y que consagre una *perpetuatio iurisdictionis*, que no es tampoco el diseño del principio de juez legal de la Ley Fundamental. Esta postura, denominada de *la objetividad de los criterios de atribución*, viene a afirmar que si la *ratio* del principio es proteger la imparcialidad del juez, puede admitirse que una ley altere el régimen competencial de los procesos pendientes cuando la misma no se haya dictado con el ánimo de atentar contra esa imparcialidad. En otras palabras, siempre que una ley se haya dictado sin intención de “comprometer la independencia e imparcialidad del órgano judicial encargado de resolver el litigio”, aunque modifique el régimen competencial, puede aplicarse inmediatamente sin menoscabo del derecho fundamental a la predeterminación del juez⁴⁶⁰. Así, DE DIEGO DIÉZ, concluye la postura que tiene sobre el particular: “Importante señalar, en esta líneas, que para el Tribunal Constitucional [español] la aplicación de un nuevo diseño orgánico y competencial a procedimientos en curso, es decir, la creación *ex post facto* del órgano o su alteración competencial no implican la vulneración del derecho al “juez legal” siempre que se cumplan dos requisitos: que se respete la reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial o de ley ordinaria, según el caso; y que responda a criterios objetivos y de generalidad, porque entonces se presume que aquel cambio legislativo no pretende atentar contra la imparcialidad”⁴⁶¹.

c) Interdicción de jueces *ex post facto* o jueces *ad hoc*

458 DE DIEGO DIÉZ, Op. cit, p. 128.

459 Ibid, p. 130-131

460 Ibid, pp. 139-140.

461 Ibid, p. 140.

Al respecto, en nuestro medio, REYNA ALFARO, haciendo referencia a la creación del denominado “Sistema Anticorrupción”, designado para juzgar y sancionar los tristemente célebres casos de corrupción ocurridos durante la década del noventa, en el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, ha sostenido cuestionando el apego de los mismos al principio de juez legal, que: “A través de una serie de disposiciones administrativas, entre las que destaca la Resolución Administrativa N° 024-2001.CT-PJ y la Resolución Administrativa N° 047-2001-P-CSJL/PJ, se dio creación a los Juzgados Penales Anticorrupción, disposiciones que –a nuestro entender- violan el derecho fundamental al juez natural. Y decimos esto porque dichos órganos especializados en corrupción administrativa fueron creados a partir de una concreta situación, como expresa la Resolución Administrativa N° 024-2001.CT-PJ: “Para atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando a los diversos niveles en torno del ciudadano Vladimiro Montesinos”. Es por esto que considero que su calificación de juzgados “Anticorrupción” solo encubre un órgano jurisdiccional de excepción disimulado, en la medida que no existe modo – a partir de la exigencia de predeterminación legal- de considerar a las indicadas judicaturas especiales sean respetuosas del principio de juez predeterminado por ley”⁴⁶².

El cuestionamiento sobre el “Sistema Anticorrupción” como “órgano jurisdiccional de excepción disimulado” fue discutido en la justicia constitucional de nuestro país. En la STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003, en la cual, entre los diversos cuestionamientos formulados, por la defensa legal de dicho accionante, se alegó vulneración al debido proceso y, específicamente, al principio a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por ley, argumentando “que la orden de detención dictada en su contra ha sido expedida por un juez incompetente y parcializado”, en razón de que “mediante el artículo 2° de la Resolución N.° 024-2001-CT-PJ, el Consejo Transitorio del Poder Judicial viola la disposición constitucional según la cual están prohibidos los procesos por delegación, toda vez que estableció que la Corte Superior de Justicia de Lima ‘puede disponer la conformación de una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos que se están investigando en torno al ciudadano Montesinos Torres’. Sostiene, asimismo, que hay una infracción de dicho derecho constitucional, ‘ya que de acuerdo a la ley orgánica del Poder Judicial, la competencia de los jueces penales para conocer de un caso específico se determina de manera aleatoria a través de la mesa de partes de los juzgados penales (...)’. De otro lado, considera que se ha violado el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues su competencia se ha previsto mediante resoluciones administrativas. A su juicio, para su juzgamiento, se ha creado inconstitucionalmente una jurisdicción especial ‘en razón de las personas (lo que) importa el establecimiento de una jurisdicción basada en el derecho penal de autor...’. Finalmente, sostiene que se viola su

462 “Los intentos del Tribunal Constitucional de dar una justificación a los tribunales especiales anticorrupción no son convincentes. En todo caso, queda en menta la correcta apreciación de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ: ‘Se vulnera el derecho –al juez predeterminado por ley- cuando se modifican las normas de competencia, a fin de que corresponda conocer con arreglo a las normas vigentes en el momento de producirse los hechos’” REYNA ALFARO, Luis Miguel, El proceso penal aplicado, conforme al Código Procesal Penal de 2004, Ed. Grijley, Lima, 2011, p. 202-203.

derecho a un juez imparcial, pues con la designación de jueces especiales lo que se persigue es la expedición de sentencias condenatorias” (FJ 7).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó el cuestionamiento contra el “Sistema Anticorrupción” y validó su constitucionalidad sobre la base de la teoría de la *objetividad de los criterios de atribución*, argumentado que: “En primer lugar, el órgano que resolvió dictar mandato de detención contra el recurrente y que se encuentra a cargo de las investigaciones judiciales, es uno propio del Poder Judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional le fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial. En segundo lugar, si bien su competencia para conocer el proceso le fue asignada con posterioridad al inicio del mismo, ello no infringe el derecho a la predeterminación del juez (...) no puede concluirse que cualquier modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance y su contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se encuentran pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, es porque existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho en cuestión. La predeterminación del juez en la ley, elemento propio del concepto de juez natural recogido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, y no a la creación anticipada de las salas especializadas que conocen del proceso. En ese sentido, el Tribunal considera que “La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantísimas disfuncionalidades en la administración de justicia (...) sino también porque esa rígida comprensión del concepto predeterminación no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta no queda afectada dadas las características en la que se inserta la modificación operada” (STC de España, N.º 381/1992, Fun. Jur. N.º 4)⁴⁶³.

463 STC Exp. N.º 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003 (FJ 9). De otro lado, el Tribunal Constitucional descartó de plano la alegación del accionante sobre una sospecha de imparcialidad en la creación del Sistema Anticorrupción sosteniendo que: ““El recurrente deja entrever que esa imparcialidad se ha desnaturalizado debido a que la competencia de los denominados jueces anticorrupción habría sido adoptada en atención a una solicitud del Procurador de la República y a que se ha dispuesto que ellos se encargarán de conocer “todos los procesos seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres y las personas ligadas a él, siendo el verdadero propósito de esta designación el emitir sentencias condenatorias en un breve plazo”. Tampoco comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el recurrente no ha acreditado que la designación de los denominados jueces anticorrupción sea consecuencia de una solicitud del Procurador de la República. Por el contrario, conforme se observa de la parte considerativa de la Resolución Administrativa N.º 024-2001-CT-PJ, la designación de los jueces penales y de una Sala Penal Superior Especial fue autorizada previo pedido del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima”. En segundo lugar, aun cuando de la lectura del artículo 1º de la mencionada resolución se pudiera tener la sensación de que dichos juzgados y Sala Penal Especial se crearon con el objeto de “atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauran como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres”, esto es, como si fueran jueces nombrados para resolver la situación jurídica de una persona y, por tanto vulnerando el principio de igualdad; sin embargo, de la lectura integral de los demás artículos de la misma resolución y, en particular, del último de ellos, se colige que se trata de órgano propios de la jurisdicción ordinaria, cuya designación no se sustenta en el criterio de la persona que se va a juzgar, sino en el de la sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las

Igualmente, en la STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003, el Tribunal Constitucional negó que la creación del Sistema Anticorrupción haya violado el principio de reserva de ley contenido en el principio del juez ordinario predeterminado por la ley, sosteniendo que: “Los alcances del principio de reserva de la ley orgánica, al que ha de vincularse el derecho a la jurisdicción preestablecida por ley, sólo alude: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (antes, este mismo Tribunal, por ejemplo, declaró que era inconstitucional el establecimiento de jueces y Salas de Derecho Público mediante una fuente distinta a la ley orgánica); y, b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, pues es evidente que la unidad del Poder Judicial no impide, en modo alguno, la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia. Desde esta perspectiva, la creación de juzgados y de una sala sub-especializada en lo penal no está sujeta a reserva de ley orgánica, pues el artículo 82°, inciso 28), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial una competencia, discrecional pero reglada, que encuentra en el propio ordenamiento judicial sus límites, para disponer la creación de Salas y Juzgados cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia (...). Ese ha sido, por lo demás, el criterio sostenido por este Tribunal en el Caso Marcial Mori Dávila [Exp. N.º 1320-2002-HC/TC]⁴⁶⁴, según el cual no contraría el derecho al juez natural que mediante una resolución administrativa se especifique la sub-especialidad de una Sala Penal prevista por la Ley”⁴⁶⁵.

En el contexto descrito, no compartimos la posición que considera que el “Sistema Anticorrupción” “solo encubre un órgano jurisdiccional de excepción disimulado”. La razón radica, como hemos ya explicado en el acápite anterior, en que la teoría de *la objetividad de los criterios de atribución*, ha demostrado con suma claridad que si el fundamento de del principio del juez ordinario predeterminado por ley es garantizar la independencia, autonomía, exclusividad y, en particular, la imparcialidad del órgano jurisdiccional, estas garantías no se ven vulneradas y, por ende, tampoco el principio del juez legal, cuando de modo excepcional, el Estado recurre a modificar la competencia jurisdiccional originaria sobre la base de una nueva normativa general y abstracta con nuevos criterios de competencia, aplicable a los procesos pendientes. La Corte

más altas instancias gubernamentales. De ahí que se haya dispuesto la autorización para contratar personal auxiliar, la prestación de apoyo técnico y financiero, la adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios”.

464 “(...) El Tribunal Constitucional tampoco considera que se haya violado el derecho al juez natural como consecuencia de que la Sala Penal que lo juzgó, como se alega, fuera creada por la Resolución Administrativa N.º 328-CME-PJ. En realidad, no es dicha resolución administrativa la que crea la Sala Penal emplazada, sino que esta, la Sala Penal de la Corte Superior se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. A lo único que se limita la resolución administrativa es a señalar determinadas subespecialidades de algunas de las salas penales creadas por ley. En ese sentido, no es aplicable la ratio decidendi señalada por este Tribunal en el Exp. N.º 004-2001-I/TC ya que, en tal caso, se consideró que la creación de juzgados y salas de derecho público –órganos judiciales, por cierto, no previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial no podía realizarse en virtud de un decreto legislativo, pues se trataba de una materia sujeta a reserva de ley orgánica”. STC (Pleno) Exp. N.º 1330-2002-HC/TC – LORETO Caso Marcial Mori Dávila, 09 de julio de 2002 (FJ 4)

465 STC Exp. N° 0290-2002-HC –Lima, Caso Eduardo Martín Calmell de Solar Díaz, de fecha 06 de enero de 2003 (FJ 10).

Constitucional italiana, en la sentencia 56/1967, al pronunciarse respecto de la reforma que transfería de un órgano judicial a otro la competencia para el conocimiento de determinados delitos (concretamente, de la *Corte de assise* al Tribunal), señaló que: “(...) la ley que modifica la competencia, aparte de producir sus efectos en términos generales y por intereses generales y de tener por objeto hechos penales de una notable relevancia social, se acompaña, también, de una insuprimible exigencia de justicia, que el actual ordenamiento jurídico tarde en satisfacer, cual es la relativa a la rapidez del juicio, lo cual además de salvaguardar a la sociedad de los aspectos más graves de la criminalidad, concurre a tutelar al imputado inocente, por lo que su eficacia retroactiva no lesiona la ese de la garantía del artículo 25.1. de la Constitución”.

De modo que, en nuestra opinión, la magnitud del ingente conjunto de graves delitos perpetrados en el marco de la estructura estatal de carácter complejo generada durante el gobierno del ex presidente Fujimori, con más de una década de duración, y, en particular, con clara desvinculación al orden jurídico, donde los ilícitos penales eran en la mayor de las veces organizados por las más altas instancias gubernamentales, incluyendo al propio Poder Judicial, las que se valieron del aparato de poder para, primero, delinquir y, luego de ello, encubrir la labor criminal, determinó que resultará absolutamente justificado ante cualquier examen de ponderación la asignación de una nueva función competencial que se plasmó en la implantación del Sistema Anticorrupción, cuya legitimidad no podría ser cuestionada, no sólo por “la situación particular” que hemos descrito, sino, a su vez, por *la objetividad de los criterios de atribución*, porque el juzgamiento de los delitos cometidos por un gobierno adverso a Derecho estuvo a cargo de jueces ordinarios y no de personas exprofesamente reclutadas, por ejemplo, de la bancada política opuesta, así como, regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y, cada caso, fue sometido a una mesa de partes que asignaba la competencia al juez y la sala “llamados por ley”, teniendo en potencia cada proceso la posibilidad en abstracto de ser conocido en último término por la Corte Suprema de Justicia, como cualquier otro proceso por delitos ordinarios y, sobre todo, dado que la creación misma de dicho sub sistema especializado, tuvo su base en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

6.7. La reserva de ley de la norma procesal

La exigencia de legalidad o de norma con rango de ley que regule la potestad jurisdiccional está reconocida, a un nivel genérico, por el artículo 138, I Párrafo, constitucional [la potestad jurisdiccional “...se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”]. Más específicamente o en ámbitos más concretos, varias normas constitucionales e pronuncian sobre el particular exigiendo ley expresa: (1) el II párrafo del artículo 139.3 de la Ley Fundamental, consagra la exigencia de que no se puede desviar a una persona de la jurisdicción predeterminada por la ley y, principalmente, que el procedimiento debe ser el establecido por la ley; (2) el artículo 139.4 constitucional establece que las excepciones a la publicidad del proceso se establece por ley, así como el artículo 139.16 de la Norma Suprema hace lo propio respecto a la gratuidad de la justicia; (3) el artículo 141 de la Constitución fija competencia impugnatoria de la Corte Suprema de Justicia, pero a su vez dispone que su concreta regulación se

hace por ley; y, (4) la limitación de los derechos fundamentales, que en buena cuenta se lleva a cabo con profunda intensidad en el proceso penal, requiere ley expresa que establezca esa posibilidad y desarrolle el procedimiento y garantías de su imposición, tal como se precisa taxativamente en los siguientes artículos de la Constitución: 2, 5, II Párrafo; 2.10; 2.24, b); y 2.24, g). La invocación del ordenamiento penal sustantivo y procesal tiene su sustento en el principio de reserva de ley. Lo mismo ocurre con la forma de establecer la jurisdicción penal. El principio constitucional de legalidad procesal penal expresa, en consecuencia, de un lado, que el procedimiento a través del cual se juzga a una persona debe estar previsto en la ley, y de otro lado, que la jurisdicción debe estar predeterminada por la ley⁴⁶⁶.

Es por ello que se afirma que el principio *nulla poena sine iudicio* importa la exigencia de un verdadero *legismo procesal*, en el sentido de una ley que regule los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, la necesidad de un procedimiento jurídico regulado por ley en sentido formal -aquello que la Constitución llama ley- y no tan sólo del significado material de ley, que incluye los reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos judiciales y, en general, todo cuerpo de reglas jurídicas, cualquiera que sea su origen⁴⁶⁷. El procedimiento previo exigido por la Constitución no es cualquier proceso que puedan establecer, a su arbitrio, las autoridades públicas competentes, ni ellas en combinación con el imputado y su defensor, aun cuando se propongan observar las garantías de seguridad previstas en la Ley Suprema. Al contrario debe tratarse de un procedimiento jurídico, esto es, reglado por la ley, que defina que los actos que lo componen y el orden en que se los debe llevar a cabo⁴⁶⁸.

Sin embargo, es importante reiterar y enfatizar que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto (*tempus regit actum*), y no la que estuvo vigente cuando se cometió el delito (*tempus commissi delicti*). En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado: (...) “en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal. Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución. Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el

466 SAN MARTÍN CASTRO, César, Código Penal Comentado, Op. cit., pp. 156-157. Así, el Artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004 –Decreto Legislativo N° 957: Legalidad de las medidas limitativas de derechos.- “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley (...)”.

467 MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal, T. I., Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p.122.

468 Ibid, p. 489.

principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2 de la Constitución, literal “d” del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior⁴⁶⁹.

No obstante el problema parece haber quedado resuelto con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal del 2004 –Decreto Legislativo N° 957. Al respecto, el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004 establece en su Artículo VII. “Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal: 1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible. 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. 4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”.

VII. JURISPRUDENCIA

1. “Segundo: Que el imputado cuestiona la competencia de los órganos judiciales especializados en delitos de terrorismo alegando vulneración a la garantía del juez legal o natural; que, sin embargo, el Tribunal Constitucional ya sentó doctrina constitucional al respecto indicando, en primer lugar, que la creación por el órgano de gobierno del Poder Judicial de una subespecialidad penal, como la encargada del conocimiento de los delitos de terrorismo, no vulnera el principio de legalidad en la constitución de órganos judiciales; y, en segundo lugar, que el hecho de que tales órganos

469 STC Exp. N.º 2196-2002-HC/TC – Lima, Caso Carlos Saldaña Saldaña, de 10 de diciembre de 2003 (FJ 6,7 y 8). “El principio *tempus delicti commissi*, según el cual las normas aplicables en un determinado caso son aquellas establecidas mediante ley previamente a la comisión del delito, sólo es aplicable para el derecho penal material. En cuanto a normas penales de naturaleza procesal rige el principio *tempus regit actum*; ello debido a la propia naturaleza del proceso, que es una sucesión de actos; en consecuencia, las normas aplicables son las que se encuentran vigentes al momento de resolver el acto. STC Exp N.º 04655-2008-PA/TC, Lima, Caso Tula Elizabeth Becerra Vergara, Lima, 26 de marzo de 2009 (FJ 5). Para ver nuestra posición sobre el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional respecto a la aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal y su posición sobre los ámbitos del principio de favorabilidad sobre la base de la diferenciación entre la naturaleza de la norma y no la naturaleza del derecho afectado Vid infra nuestros comentarios al principio de legalidad en la ejecución de la pena.

jurisdiccionales, integrantes de la jurisdicción penal ordinaria y sujetos a las disposiciones de la ley orgánica del Poder Judicial, se crearon con posterioridad al procesamiento del imputado [en el ámbito del derecho procesal no rige la regla respecto que la competencia del juez se define por la fecha de comisión del delito sino que ésta se define en función a la fecha en que se promueve la acción penal], ello no importa -en su esencia- una vulneración a dicha garantía, toda vez que su creación obedece a razones objetivas de especialización y buen orden del sistema de justicia -objetividad de los criterios de atribución-, sin que tienda a lesionar la imparcialidad judicial y a manipular la constitución de órganos judiciales para afectar la posición jurídica de los imputados -ausencia de criterios de discriminación ilegítimos-; que a este respecto, como doctrina jurisprudencial específica, es de mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha seis de enero de dos mil tres, recaída en el asunto Calmell Del Solar Díaz, Expediente número 290-2002-HC/TC (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia R.N. N° 1782-2004, Lima, Lima de fecha 09.09.2004., considerando 2)

2. “Sexto: Que, ahora bien, el segundo párrafo del numeral tres del artículo 139 de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del juez legal –denominado por un sector de la doctrina, juez natural, bajo el enunciado: *“ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley...”*; que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se rigen en un autentico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo –desde luego- que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad. Séptimo: Que lo que se discute a través de la excepción de declinatoria de jurisdicción – o, mejor dicho, de competencia, aunque la primeras la denominación de la Ley Procesal Penal- es la definición del órgano judicial en concreto –el 38° Juzgado Penal de Lima o el Juzgado Penal de Andahuaylas- que debe conocer, según las reglas de adscripción competencial territorial –denominadas *“fueros”* en la doctrina procesalista-, en tanto que los Juzgados Penales, y de Primera Instancia en general, tienen un ámbito territorial específico donde ejercen jurisdicción; que a estos efectos el artículo 19 del Código de Procedimientos Penales estipula cuatro criterios territoriales o fueros, denominados fuero preferente –en el caso del inciso uno: por el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso- y fueros subsidiarios –cuando no conste el lugar en que haya podido cometerse el hecho punible, rigen los principios dos al cuarto: lugar de las pruebas, lugar de la detención y lugar del domicilio del imputado-; que es de enfatizar que no se trata de fueros equivalentes, sino que se aplican uno en defecto de otro, y en el estricto orden que establece la ley, de ahí que el previsto en el inciso uno, *“forum commissi delicti”*, es el preferente, y los restantes son subsidiarios, es decir, se aplican ante la imposibilidad de los demás; que desde el punto de vista material, para

determinar el fuero preferente es de aplicación el artículo 4 del Código Penal, que instituye el principio de ubicuidad: “*El lugar de comisión del delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos*”; que desde esa perspectiva legal es de interpretar la norma en mención asumiendo una concepción de ubicuidad restrictiva, en cuya virtud el factor decisivo a tomar en cuenta estriba en que, al menos, unos de los elementos constitutivos del delito, parcial o absolutamente, sea ejecutado en un ámbito territorial concreto, sin que se tome en cuenta los actos preparatorios y los actos posteriores a la consumación del delito, o también que el resultado típico –no el extra típico ni otros efectos- se produzca en un territorio determinado”. (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente R.N. N° 2448-2005-Lima de fecha 12.09.2005, considerandos 6 y 7- ambos considerandos constituyen precedente vinculante en virtud del Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, publicado en el Diario Oficial El Peruano en fecha 29.12.2006.).

3. “El diseño de un Estado Democrático de Derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del Estado, toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto dignifica el reforzamiento de la plena vigencia de los Derechos Fundamentales y de las condiciones de su realización. (Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia sobre Cosa Juzgada en relación al delito de Asociación Ilícita para delinquir, fundamento jurídico N° 6, publicado en el Diario Oficial El Peruano, en fecha 29.12.2006 – el fundamento N° 6 constituye precedente vinculante en virtud del Acuerdo anteriormente citado.)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de legalidad procesal penal o garantía jurisdiccional se sustenta en el aforismo: *Nullum poena sine iudicio* (no ha pena sin juicio previo). El mismo determina que nadie puede ser sancionado penalmente sin antes haber sido juzgado debidamente a través de un proceso cuya conducción y reglas de juego deben de haber sido claramente preestablecidas en la ley. Este principio estatuye el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal judicial imparcial antes de que una pena le sea impuesta (juez ordinario predeterminado por la ley), así como la predeterminación legal de las reglas que regulan el proceso penal.
2. El principio de legalidad procesal penal encuentra su fuente directa en la actualidad en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente, así como en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni

juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación”. El mismo contenido de dichos dispositivos estuvo regulado en los artículos 233, inciso 9, así como en el artículo 2, inciso 20 apartado “I” de la Ley Fundamental de 1979.

3. No obstante el origen autónomo del principio de garantía jurisdiccional, existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal “d” de la Carta Magna de 1993, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en lo que respecta al subprincipio de reserva de ley, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley.
4. El principio de legalidad procesal penal comprende el derecho al juez predeterminado por la ley. El derecho al juez predeterminado por la ley garantiza la imparcialidad de la decisión judicial final y el propio proceso, ya que la sola ocurrencia de un proceso previo, ensimisma, es insuficiente, pues cualquier intervención de dos o más sujetos resolviendo una controversia podría adquirir la misma denominación. La desviación de la jurisdicción predeterminada por la ley, el sometimiento a procedimientos distintos a los previamente establecidos, los juzgamientos mediante tribunales de excepción o comisiones especiales, sin importar el nombre que reciban, se encuentran absolutamente proscritos. Igualmente, el principio garantiza la existencia de un proceso dentro del cual todos los intervinientes se hayan sometidos inexcusablemente a reglas de juego predeterminadas por la ley. El derecho al juez legal encierra un doble concepto, de carácter positivo, con el derecho al juez predeterminado por la ley y, de carácter negativo, con la proscripción de tribunales de excepción.
5. La aplicación y observancia del derecho al “juez legal” es tan sólo reclamable en el estricto marco del “proceso jurisdiccional”. El mismo se excluye el procedimiento administrativo sancionador, el procedimiento arbitral, pero, éste se extiende a cualquier proceso jurisdiccional. El mismo es aplicable en el proceso civil, contencioso-administrativo o penal. Igualmente, comprende los procesos de menores y aquellos que se ventilan en la jurisdicción militar.
6. La ley debe haber creado previamente el órgano judicial y haberlo dotado de jurisdicción y competencia con generalidad y anterioridad al caso. La nota de generalidad asegura la inexistencia de normas apegadas al caso concreto, de normas que regulen la competencia mediante criterios singulares tales como, por ejemplo, la identidad de los contendientes. La nota de anterioridad, en cambio, presupone la necesidad de que con anterioridad en el tiempo al nacimiento de los conflictos, esté legalmente determinada la competencia sobre lo que a cada uno de los órganos judiciales corresponda enjuiciar. Las soluciones propuestas por la doctrina para establecer el *dies a quo* o momento

de la predeterminación del juez legal son dos. La creación y dotación de jurisdicción y competencias, esto es, la determinación del juez ha de ser anterior a los hechos que el mismo ha de enjuiciar, o bien ha de ser tan sólo anterior al inicio del proceso. El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que el juez legal es aquel anterior al inicio del proceso y no el anterior a la fecha de comisión del delito.

7. La teoría de *la objetividad de los criterios de atribución*, ha demostrado con suma claridad que si el fundamento de del principio del juez ordinario predeterminado por ley es garantizar la independencia, autonomía, exclusividad y, en particular, la imparcialidad del órgano jurisdiccional, estas garantías no se ven vulneradas y, por ende, tampoco el principio del juez legal, cuando de modo excepcional, el Estado recurre a modificar la competencia jurisdiccional originaria sobre la base de una nueva normativa general y abstracta con nuevos criterios de competencia, aplicable a los procesos pendientes, quedando el cambio sometido a un examen de ponderación, que en último termina determinará la justificación o no de la reforma competencial.
8. La invocación del ordenamiento penal sustantivo y procesal tiene su sustento en el principio de reserva de ley. Lo mismo ocurre con la forma de establecer la jurisdicción penal. El principio constitucional de legalidad procesal penal expresa, en consecuencia, de un lado, que el procedimiento a través del cual se juzga a una persona debe estar previsto en la ley, y de otro lado, que la jurisdicción debe estar predeterminada por la ley.
9. La ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto (*tempus regit actum*), y no la que estuvo vigente cuando se cometió el delito (*tempus commissi delicti*). No obstante, conforme reconoce el nuevo Código Procesal Penal del 2004 –Decreto Legislativo N° 957 en su Artículo VII: “La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible (...)”.

§ 7. EL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD EN LA EJECUCIÓN PENAL

I. INTRODUCCIÓN

Es muy cierta la afirmación de ENRIQUE EDWARDS acerca de que, “los Operadores Jurídicos ponen toda su atención en el inicio del proceso penal, pero soslayan el cumplimiento de la pena, como si la cuestión terminara con el dictado de sentencia condenatoria, cuando en realidad para el condenado lo problemático recién

comienza, pues debe cumplir su pena”⁴⁷⁰. La vida carcelaria siempre es y será tormentosa, porque es “contra natura” privar al hombre de su libertad.

En el contexto del desconocido mundo de los establecimientos penitenciarios y de la fase del cumplimiento de la condena impuesta por una sentencia, el principio de legalidad cobra mayúscula importancia como garantía del individuo, en los momentos más difíciles, cuando éste se encuentra absolutamente vulnerable al *ius puniendi*. El principio de legalidad en la ejecución de la pena garantiza que el cumplimiento de la pena dictada en una sentencia condenatoria se encuentre regulado por las mismas garantías contenidas en el principio de legalidad material.

En primer lugar, el principio de legalidad en la ejecución de la pena garantiza que las normas que integran el Derecho de Ejecución Pena mantengan vigente el principio de legalidad materia y, en particular, los subprincipios incorporados en éste, estos son, *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta*, y *lex certa*. En consecuencia, está prohibida cualquier forma de ejecución de la pena -salvo aspectos de carácter netamente administrativos o gubernativos-, sobre la base de criterios diferentes a los establecidos en la legislación penitenciaria, la misma que debe haber sido fijada por ley o por norma con rango o fuerza de ley, con carácter previo a la comisión del hecho delictivo y con la suficientemente claridad para que el interno en el tiempo que dure su condena pueda comprender cuales son sus derechos y cuales son sus deberes, quedando proscrita la aplicación de la analogía sobre las normas penitenciaras, ya sea para alargar la privación de su libertad o, en general, para agravar su condición en el establecimiento penitenciario.

Finalmente, el principio de legalidad de la ejecución de la pena también garantiza que las decisiones en torno a la libertad o derechos del reo, recortados mediante la imposición de la sentencia, no quedará librada al arbitrio de otra autoridad que no sea la del mismo órgano jurisdiccional que dictó la condena. Las decisiones en torno a la aplicación de la pena no pueden quedar a la discreción de las autoridades que administran los establecimientos penitenciarios, salvo que se traten de meras cuestiones gubernativas, por ejemplo, el menú del interno, la hora de patio o recreo, etc., ya que la ejecución de la pena y la interpretación de las normas de ejecución penal, al tener efectos directos en la libertad del condenado, competen única y exclusivamente al órgano jurisdiccional, quien es el llamado a decidir en torno a aquellas.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo VI.- “No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”⁴⁷¹.

470 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Op. cit., p.157.

471 Artículo VI –Anteproyecto de 2004.- “No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. La ejecución de las mismas serán controladas e intervenidas judicialmente”.

Artículo VI – Anteproyecto de 2009.-“No puede ejecutarse pena o medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y el reglamento que la desarrollen. La ejecución de las mismas será controlada e intervenida judicialmente”.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

No regula sobre el particular

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

No regula sobre el particular

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 6.- Garantía jurisdiccional y de ejecución: No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los jueces y tribunales competentes, de conformidad con la ley y su reglamento.

Código Penal de Panamá

No regula sobre el particular

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

No regula sobre el particular

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de legalidad en la ejecución de la pena comparte las mismas fuentes constitucionales que de modo directo dan origen al principio de legalidad procesal penal. Nos referimos a la *garantía nullum poena sine iudicio* y al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, inmerso en el derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, establecidas en la Ley Fundamental de

1993, en el artículo 139; incisos 10y 3, respectivamente⁴⁷². La razón de ello radica en que la fase de ejecución penal, en cuanto a la forma de aplicación de la pena y los derechos del interno, no tiene naturaleza administrativa, porque lo que allí se decide repercute en la libertad y los derechos *per se* restringidos del condenado, por ello, ésta tiene un innegable carácter jurisdiccional, que obliga a que se encuentre rodeada de las mismas garantías y prerrogativas del proceso penal. Lo cual, a su vez, necesariamente garantiza que la intervención y vigilancia de la condena no esté en manos de la autoridad penitenciaria, sino única y exclusivamente a cargo del juez ordinario predeterminado por la ley, esto es, el “juez órgano” que dictó la sentencia condenatoria.

No obstante, existe una diferencia entre las fuentes constitucionales del principio de legalidad en la ejecución de la pena y el principio de legalidad procesal penal. Éste último encuentra en la *garantía nullum poena sine iudicio* y al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley su fuente directa, que como expresamos anteriormente tiene un carácter autónomo e independiente, manteniendo únicamente una vinculación de carácter complementaria garantista con el principio de legalidad penal, en la medida que el desarrollo del uno u del otro sirve para el robustecimiento de ambos en su carácter *pro homine*⁴⁷³. En cambio, el principio de legalidad material sí es en una tercera fuente directa que da origen y fundamenta el establecimiento del principio de legalidad en la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico-penal, ya que cuando el artículo 2 inciso 24; literal d) de la Carta Política de 1993 establece que: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”⁴⁷⁴ crea una “garantía de ejecución” a las normas de ejecución penal enmarcándola con los subprincipios de *lege scripta*, *lege stricta*, *lege praevia* y *lege certa*, puesto que la ejecución de la sentencia condenatoria equivale, sin lugar a dudas, a la aplicación misma de la sanción penal, que restringe del modo más directo posible los derechos de la persona, y, sobre todo, en un ámbito de especial vulneración.

En consecuencia, la fase de ejecución penal tiene que contar con reglas claras que no puedan ser modificadas a futuro; así mismo, es el juez el único legitimado a regular las medidas previstas para la fase de ejecución, dado que aquellas limitan los derechos fundamentales del condenado, lo cual está obligado a realizar observando los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de las funciones asignadas, esto es, según las mismas garantías y derechos de un proceso penal (derecho a la impugnación, contradictorio, juez legal, etc.). El Tribunal Constitucional ha establecido, por ejemplo, que “el cumplimiento

472 La Constitución de 1979 –que inspiró de modo directo el Código Penal de 1991- establecía: Literal “I”, inciso 20, artículo 2: “Toda persona tiene derecho. 20.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia: 1) Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas, al efecto, cualquiera que sea su denominación”; y el inciso 9, artículo 233: “Son garantías de la administración de justicia: 9. La de no ser penado sin juicio (...)”

473 Vid. *Infra* nuestros comentarios a la fuente constitucional del principio de legalidad procesal previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Penal.

474 El Código Penal de 1991 estuvo inspirado de modo directo por la Constitución de 1979, en cuyo artículo 20; inciso d) se señalaba: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

sucesivo de penas no corresponde, propiamente, a una simple acumulación material o suma de penas (...) sino que tiene su justificación en la observancia del principio de legalidad en el cumplimiento de las penas a que se refiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal. Dicho precepto establece que “[...] No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley [...]”; “[...]en todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”⁴⁷⁵. De modo que, no puede ser ejecutada ninguna medida de carácter de ejecución penal de modo arbitrario o discrecional ni éstas pueden estar a manos de otro que no sea la autoridad jurisdiccional.

La Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen las pautas que son recogidas, principalmente, por el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, estructurándose sobre la base de la observancia de los derechos fundamentales de la persona humana⁴⁷⁶. Cabe señalar que, el artículo 139, inciso 22) de la Constitución, como principios y derechos de la función jurisdiccional establece que: “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Lo cual, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala: “(...) el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. La finalidad resocializadora de la pena no sólo está consagrada en el Título Preliminar del Código Penal (artículo IX), al cual nos referiremos posteriormente, sino que también está recogida en el Código de Ejecución Penal: “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (...)” (artículo II del Título Preliminar), donde da lugar a que el tratamiento penitenciario se realice mediante el sistema progresivo (artículo IV del Título Preliminar), que inclusive prevé formas anticipadas de recobrar la libertad, y, en esa medida, estatuye diversos beneficios penitenciarios⁴⁷⁷.

No existe contravención del sub-principio *lege scripta* cuando el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal posibilita la existencia de normas de ejecución penal que se encuentren contempladas por normas infra-legales, ya que, en primer lugar, dicho dispositivo no menciona cualquier norma reglamentaria, sino que restringe el ámbito normativo de ejecución penal a “la ley y reglamentos que la desarrollen”, y, la razón más importante estriba en que por la propia naturaleza del tratamiento penitenciario existe una amplia gama de aspectos que ensimismo no tienen carácter jurisdiccional, sino de ejecución gubernativa o administrativa (ej. el

475 STC Exp. N.º 4570-2005-PHC; STC Exp. N.º 06383-2008-PHC/TC, entre otras.

476 En tal medida, los derechos reconocidos a la persona son también los derechos de las personas condenadas. Claro está que habrá determinadas excepciones derivadas de la propia esencia del tipo de conminación penal impuesta: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos, etc. Por citar un ejemplo, el condenado a una pena privativa de libertad que sufre prisión en un centro penitenciario, inexorablemente y de manera legítima verá afectado su derecho a elegir su trabajo o el lugar de su residencia. Lo importante es tener presente que todas estas garantías prohíben toda pena o trato inhumano degradante y que al mismo tiempo reconocen el principio de que el régimen penitenciario lleva por objeto primordial la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

477 Los beneficios penitenciarios previstos en el Código de Ejecución Penal son: permiso de salida (artículo 43), redención de pena por trabajo o educación (artículos 44-47), semi-libertad (artículos 48-52), liberación condicional (artículos 53-57), visita íntima (artículo 58) y otros beneficios, como por ejemplo, autorización para trabajar en horas extraordinarias (artículo 59). La influencia del Derechos Internacional de los Derechos Humanos en el Código de Ejecución Penal es explícita. Artículo X del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal: “El Sistema Penitenciario acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente”.

tratamiento médico, psicológico, la comida, el recreo, etc.), los mismos que están a manos de la autoridad penitenciaria, pero cuándo de lo que se trata es acerca de la forma de aplicación de la pena o de derechos del interno relacionados a la misma sólo y exclusivamente el “juez legal” resulta competente y sólo la ley puede regular dichos aspectos. Es cierto que el Reglamento del Código de Ejecución Penal – Decreto Supremo N° 015-2003-JUS- contempla diversos aspectos vinculados a los beneficios penitenciarios, tan ligados a la libertad y a los derechos de los internos, pero esto no es susceptible de generar conflicto alguno, en la medida que esta regulación no contraviene el Código de Ejecución Penal – Decreto Legislativo N° 654-, sino “la desarrolla”, e incluso resulta necesaria para su correcta aplicación y sobre todo para regular la amplitud del mundo penitenciario.

V. CONCEPTO

“Las garantías para la ejecución penal; es decir que vienen a consagrar nuevas garantías constitucionales en materia de cumplimiento de la pena”⁴⁷⁸. El principio de legalidad en la ejecución de la pena, establecido en el artículo VI del Título Preliminar, sanciona el deber de que las penas se apliquen y ejecuten mediante normas regidas por el principio de legalidad, así como, que la fase de ejecución de la pena quede bajo la vigilancia de la autoridad judicial y no de entidades administrativas. Es principio consagra la legalidad y el control jurisdiccional de la pena en la fase de la ejecución de la misma.

“La pena no se debe ejecutar arbitrariamente, más bien debe ser ejecutada dentro de los marcos establecidos por la ley”⁴⁷⁹. Lo cual, significa que las normas que regulan la aplicación de la pena impuesta mediante una sentencia de condena, que ha significado el traslado de una persona a un establecimiento penitenciario convirtiéndolo en interno, y que ha dado inicio a la fase de ejecución penal, deben sujetarse a las mismos sub principios del principio de legalidad material, estos son, estar tipificadas previamente a la comisión del hecho delictivo, de modo expreso, y de manera clara e inequívoca en la ley o en norma con rango o fuerza de ley.

En ese sentido, el Código de Ejecución Penal es el cuerpo legal que contiene las normas específicas conforme a las cuales se debe ejecutar la pena impuesta a un condenado para cumplir con la legalidad de ejecución, pues sobre dicha base se encarga de regular la ejecución de la pena privativa de la libertad, de las penas restrictivas de libertad (expatriación y expulsión del país) y de las penas limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación). El Código de Ejecución Penal contiene las normas particulares sobre la base de las cuales se debe ejecutar la pena (excepto la pena de multa)⁴⁸⁰.

El principio de legalidad en la ejecución de la pena también garantiza que sólo la autoridad jurisdiccional intervendrá en la aplicación de la pena. Ello se fundamenta como es lógico en que es la autoridad judicial y no la administrativa la que se encuentra investida con la potestad de administrar justicia y es sólo ésta la que en

478 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Op. cit., p.158.

479 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., 2006, p.129.

480 REVILLA LLAZA, Percy Enrique, Principio de legalidad en la ejecución de la pena; en AAVV, Código Penal Comentado, Op. cit., p. 174.

base a dicha facultad ha impuesto una condena, que no podría ser modificada por una entidad distinta, salvo las excepciones previstas por la Ley Fundamental, como por ejemplo el indulto o la amnistía. El control jurisdiccional de la pena se efectúa sin duda alguna en el marco de “la responsabilidad social del juez”.⁴⁸¹

VI. CONTENIDO

6.1. La predictibilidad de la ejecución de la pena

La predictibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos de las personas es una garantía contenida dentro del fundamento material del principio de legalidad. La predictibilidad o calculabilidad sobre la cual el ciudadano tiene derecho a realizar un examen a efectos de decidir si lleva o no a cabo hechos que acarearán consecuencias jurídicas determina que dicho análisis (costo-beneficio) comprenda no sólo el qué (¿Qué hecho?) o el cuánto (¿Cuánta pena?) sino el cómo (¿En casa o en prisión?).

La vinculación del juez a la ley impuesta por el principio de legalidad tiene la finalidad de “garantizar objetividad”. El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados –ni ser un medio contra autores ya conocidos- sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada ley dictada con anterioridad al hecho⁴⁸².

La única manera que tiene el Estado de Derecho para asegurar que la objetividad garantizada no culmina en la fase legislativa, ni procesal, sino que se extiende en todos los ámbitos donde el individuo presenta una disminución –aunque legítima- de derechos fundamentales, es estableciendo reglas de juego previas, escritas, estrictas y ciertas a todo nivel donde los derechos fundamentales se encuentran siendo restringidos.

El principio de legalidad aplicado solamente a las leyes penales durante la fase legislativa y procesal, sin comprender la fase donde se materializa o ejecuta la pena, equivale simplemente a crear un orden jurídico de fantasía, un enunciado etéreo, incluso vacío, que se desdice o muestra su faceta voraz al momento de “ver” como “mastica” los derechos fundamentales que prometió tanto proteger.

6.2. La aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal

El artículo 103 de la Constitución establece que “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)”. Por su parte, el artículo 139, inciso 11) de la Ley Fundamental reconoce que: “Son principios y derechos de la función

481 “Más allá de las formas de responsabilidad jurídica, desgraciadamente destinadas a padecer una debilidad intrínseca, la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es la que he llamado responsabilidad social, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública” FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 601.

482 BACIGALUPO, Enrique. *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 48.

jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”.

A diferencia de otras ramas del Derecho, el campo penal presenta una particularidad, pues si bien el principio general es la *irretroactividad de las leyes penales*, esto es, la aplicación de la ley penal vigente durante la realización del acto regulado normativamente, la *retroactividad benigna* y la *ultractividad* de la ley penal más favorable constituyen las únicas excepción previstas dentro del ordenamiento jurídico.

Toda clase de ley de contenido penal, independientemente de si se trata de una ley material, procesal o penitenciaria, puede afligir derechos fundamentales de la persona, principalmente la libertad. Tan graves medidas son adoptadas en terreno penal porque, mientras que en campos jurídicos como el civil, corporativo o tributario, se comprometen básicamente el patrimonio, en el Derecho penal, entran en juego bienes jurídicos tan importantes como la libertad y el honor de las personas.

Hay instituciones en el campo penal que se encuentran fuera del Derecho penal sustantivo, por ejemplo, la prisión preventiva, que están directamente dirigidas a limitar derechos fundamentales y existen leyes penales, procesales y de ejecución penal que están únicamente referidas a regular el transcurso administrativo del juicio o de la organización del establecimiento penitenciario donde se ejecuta la pena.

Las reglas procesales o de ejecución penal que no comprometen derechos fundamentales seguirán rigiéndose por el *principio de irretroactividad*, pero la nueva ley procesal o penitenciaria que sí se encuentre referida a la restricción de los mismos será la única que podrá regir hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor (*retroactividad*) o posterioridad a su derogación (*ultractividad*) en la medida que resulte más beneficiosa para el procesado o el interno. La ley vigente en materia penal -en sentido lato-, cuando hay conflicto de leyes en el tiempo, es aquella más beneficiosa para el reo.

Toda situación regulada normativamente que restringe derechos individuales en materia penal, procesal penal o de ejecución penal está garantizada por el principio de aplicación de la ley más favorable. Por definición, como se comprenderá, la ley más favorable es todo lo contrario a un abuso, pues tiende a convertir en más benigna la intervención. Más aún, la ley posterior más favorable es expresión del principio de necesidad de la intervención penal: si por cualquier razón el Estado ha estimado necesario moderar la intervención penal, lo hace en virtud de este principio⁴⁸³.

El artículo 103 de la Constitución dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. La expresión “materia penal” del Art. 103 de la Constitución es englobante de toda clase de leyes de contenido penal, independientemente de si se trata de una ley material, procesal o penitenciaria. Es decir, no sólo como referida a leyes penales sustantivas, sino de manera que comprenda, además de a la ley penal sustantiva, a la ley procesal penal y a la ley penitenciaria. Esta es la postura que debe sostenerse, pues la frase “materia

483 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004, p. 598.

penal” (que no es igual que ley penal sustantiva) es amplia y comprende sin problemas todo el complejo normativo del sistema penal que tiene rango de ley, independiente de si se trata de una ley procesal o penitenciaria. La llamada “materia penal” tendría así un alcance amplio en la medida que comprendería sin mayor inconveniente al sistema penal en su dinámica normativa⁴⁸⁴.

6.2.1. La interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal

En la STC recaída sobre el expediente N° 0290-2002-HC/TC, y, en posteriores pronunciamientos, el Tribunal Constitucional no ha compartido el criterio expuesto para resolver los problemas de aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal. El Tribunal Constitucional, no enfoca la materia penal sobre una *base material*, que advierta en esta rama como elemento común la restricción de los derechos fundamentales y, en consecuencia, no otorga una solución armónica estructurada sobre la base de los principios de legalidad y favorabilidad que reconozca para toda la materia penal las garantías de la retroactividad benigna y la ultractividad de la ley penal más favorable.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional utiliza un *criterio formal*, que diferencia entre el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal, de modo tal, que a su criterio solamente las normas penales materiales gozan de las garantías derivadas del principio de favorabilidad.

El Tribunal Constitucional diferencia los principios que regulan el Derecho penal sustantivo, adjetivo y de ejecución de la pena, de la siguiente manera: tratándose de normas de Derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, “lo que es acorde con el principio de legalidad”. En cambio, el Tribunal considera que en el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Lo cual supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, el Tribunal Constitucional estima que por “no tratarse de una ley penal material”, sus disposiciones deben considerarse como *normas procedimentales*, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados. El Tribunal Constitucional equipara normas procesales y normas de ejecución penal, las que diferencia de las normas penales materiales.

En consecuencia, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas de ejecución penal debería resolverse -según el criterio de los magistrados del órgano de control constitucional concentrado- bajo los alcances del principio *tempus regis*

484 REVILLA LLAZA, Percy Enrique, Principio de legalidad en la ejecución de la pena, Op. cit., p. 178.

actum, pero temperado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley (garantía jurisdiccional), que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra.

De allí, que, según el Tribunal Constitucional, el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado “acto procedimental”, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la *presentación de la solicitud* para acogerse a éste. Es así que ha sostenido: “En primer lugar, la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo vigente cuando se cometieron los delitos”⁴⁸⁵.

6.2.2. Crítica a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la aplicación en el tiempo de las normas de ejecución penal

El Tribunal Constitucional reconoce el principio constitucional de favorabilidad – núcleo de partida de la retroactividad benigna y la ultractividad de la ley penal más favorable- como aquella garantía que establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. El máximo interprete de la Constitución, de ese modo, ha sostenido que la favorabilidad en materia penal es el resultado de aplicar, por un lado, la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, y si resultase más favorable, de manera retroactiva, las normas que con posterioridad al hecho delictivo hubieran entrado en vigencia⁴⁸⁶.

El Tribunal inclusive llega a dar el siguiente ejemplo, “*verbi gratia*, si en plena vigencia de la Ley 27770 -que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública- el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el Art. 2 de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedaría sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno”⁴⁸⁷. ¿No resulta aquello contradictorio?

La distinción entre los principios *tempus delicti comissi* -como propio del Derecho penal sustantivo- y *tempus regit actum*, como propio del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución penal olvida que el *principio de legalidad* tiene por finalidad garantizar al individuo que el Estado no va a abusar del *ius puniendi*, por ello se exige que la ley penal sea previa, escrita, estricta y cierta. La razón, como es bien conocido, obedece al propio carácter lesivo de la ley penal.

485 STC Exp. N° 0290-2002-HC/TC.

486 STC Exp. N° 01955-2008-PHC/TC.

487 STC Exp. 2196-2002-HC/TC.

Pero, dado que no solamente se restringen derechos subjetivos importantes, como la libertad, mediante la ley penal, sino también mediante la aplicación de normas procesales –por ejemplo, al decretarse una detención preventiva o negar una libertad provisional-, y al aplicarse normas de ejecución penal –por ejemplo, al negar un pedido de libertad condicional- es que se entiende que la aplicación del principio de legalidad comprende una garantía penal, procesal penal y de ejecución penal.

Al margen de esto, olvida el Tribunal Constitucional que el *principio de favorabilidad*, que comprende la retroactividad benigna en materia penal, se encuentra reconocido en el máximo peldaño de nuestro ordenamiento jurídico porque precisamente representa –como se ha expuesto- todo lo contrario a un abuso, pues tiende históricamente a convertir en más benigna la intervención del Estado⁴⁸⁸.

El principio de favorabilidad opera a favor de la persona sobre la cual recae la aplicación de la ley penal, sea en torno a los elementos que integran el delito, a las condiciones comprendidas por el proceso o a la ejecución de la pena. Lo importante no es que se denominen formalmente normas penales sustantivas, procesales penales o de ejecución penal, sino que aquellas materialmente vulneren derechos fundamentales del individuo.

6.2.3. Excursus: La compurgación de la pena y el arresto domiciliario en sede del Tribunal Constitucional⁴⁸⁹

6.2.3.1. Introducción

El Tribunal Constitucional mediante STC N° 6201-2007-PHC/TC dejó establecido que en nuestro ordenamiento jurídico los días de arresto domiciliario padecidos por el procesado durante el transcurso de un proceso penal le sirven para abonarlos posteriormente a efectos de restarlos al plazo de cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia condenatoria. El fundamento del máximo intérprete de la Constitución radica en considerar que es un hecho indiscutible que tanto la pena, como la prisión preventiva y el arresto domiciliario constituyen restricciones a la libertad humana. Por ello, cualquiera de estas dos últimas debe ser considerada -aunque en un grado menor en lo referido al arresto domiciliario- para compurgar el plazo de la pena impuesta en la sentencia.

La STC 6201-2007-PHC/TC tiene una particular importancia porque a través de los votos singulares permite apreciar dos posturas antagónicas. Los votos singulares rechazan la posibilidad de considerar los días de arresto domiciliario a efectos de compurgar la pena. La postura minoritaria, bajo la interpretación de que el *thema decidendi* tiene naturaleza de ejecución penal -beneficio penitenciario- “frente a los cuales no existe base constitucional para su previsión y permisión de acceso”,

488 El artículo 103 de la Constitución establece que “(...)La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)”. Por su parte, el artículo 139, inciso 11) de la Ley Fundamental reconoce que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”. Vid Supra.

489 En extenso Vid: AMORETTI NAVARRO, Mario. El arresto domiciliario a efectos de computar (y compurgar) el plazo de la pena. Jus Constitucional; Ed. Grijley. Lima. Año II. N° 8. Junio de 2008. pp. 181-194.

considera simplemente que la equiparación propuesta no ha sido la opción tomada por nuestro legislador.

En tanto en cuanto, la sentencia en referencia, servirá para analizar la ejecución de la pena, en la práctica, y, en particular, la limitación de los derechos fundamentales, que en esta fase tiene lugar de modo directo y plausible; lo cual, sin lugar a dudas, determina una necesaria intervención judicial y no administrativa, nos lleva a que en las siguientes líneas realicemos una breve reseña de los hechos jurídicos que motivaron la expedición de dicho fallo y a que analicemos las dos tesis en debate respecto al arresto domiciliario y su efecto o no en la compurgación de la pena. Igualmente, expondremos los fundamentos de cada uno de los votos de los integrantes del Tribunal Constitucional que fueron expuestos independientemente. Finalmente, daremos nuestra opinión respecto a la posición asumida por nuestro órgano constitucional desde el ámbito jurídico penal.

6.2.3.2. La demanda de hábeas corpus

El demandante interpuso un proceso de hábeas corpus por considerar que su libertad personal se está viendo afectada debido a que no se ordenaba su excarcelación, pese a que el plazo de la pena había sido cumplido en exceso. Los hechos sobre los cuales interpreta el demandante el exceso de carcelería son los siguientes:

- a) Durante la sustentación del proceso penal estuvo bajo arresto domiciliario en el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2002 y el 26 de enero de 2005, haciendo un total de 977 días;
- b) Asimismo, estuvo recluido en el Establecimiento Penal para Presos Primarios de Lima (ex San Jorge) desde el 27 de enero de 2005 hasta el 8 de julio del mismo año y el 25 de julio de 2005 reingresó a dicho recinto penitenciario por lo que a la fecha de interposición de esta demanda se han acumulado 901 días;
- c) De otro lado, también el beneficiario ha redimido la pena por el trabajo a razón de 5 días de labor efectiva por 1 de pena, en aplicación de la Ley N.º 27770, en consecuencia, 901 días de labor efectiva equivalen a la redención de 180 días de pena.

En ese sentido, el demandante sostuvo “que si los 4 años de pena privativa de libertad equivalen a 1460 días, de ellos debe sustraerse aquellos que han sido objeto de redención por el trabajo (180); por lo que corresponde una privación de libertad efectiva no mayor de 1280 días. A lo que debe restarse el total de la carcelería efectivamente sufrida, que era de 901 días, quedando una porción de la pena ascendiente a 379 días de pena privativa de libertad que debería ser compurgada con el arresto domiciliario sufrido”. En síntesis, el demandante, que fue condenado a 4 años de pena privativa de libertad, consideraba haber cumplido su condena al haber estado más de 3 años en prisión efectiva, haber redimido 134 días de pena por trabajo y haber sufrido más de 2 años de arresto domiciliario.

6.2.3.3. La posición mayoritaria: El arresto domiciliario se abona a la pena

El Tribunal Constitucional parte por dar respuesta a la interrogante referida a si, ¿los días de arresto domiciliario tienen valor? Y si, ¿deben ser abonados al cómputo de la pena? En ese sentido, considera que el arresto domiciliario tiene la naturaleza jurídica de ser una medida de cautelar de carácter personal, que el juez dicta cuando no corresponde la detención preventiva, que aunque no puede ser entendido como un sustituto de la detención preventiva, ya que difiere en su incidencia sobre el *ius ambulandi*, si constituye una afectación a la libertad individual que supone un grado inmediato inferior al de la detención preventiva.

En la medida que el arresto domiciliario es una medida de cautelar que se le sigue en grado de intensidad a la detención preventiva (i); que su dictado supone una restricción a libertad individual (ii); y que el artículo 47 Código Penal contempla la posibilidad de abonar al cómputo del quantum condenatorio, además de la detención preventiva, la pena de multa y limitativa de derechos (iii); resulta, por tanto, razonable y constitucionalmente válido que el plazo de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena.

Es importante advertir que el Tribunal Constitucional ha interpretado que la publicación de la Ley 28568, a través de la cual se modificó el artículo 47 Código Penal, a fin de permitir que el tiempo de arresto domiciliario se abonara al cómputo de la pena privativa de la libertad a razón de un día de pena por cada día de arresto, al haber sido declarada inconstitucional en la STC N° 0019-2005-PI/TC ha determinado que se haya generado una omisión por parte del legislador en lo que respecta a normar una realidad como la descrita. De modo que, a criterio del máximo interprete de la Constitución, existe un vacío en nuestro ordenamiento legal para saber si los días, meses o años de arresto domiciliario tienen algún valor y si los mismos deben ser considerados para el descuento la pena impuesta por el juzgador que debe ser resuelto por el Juez Constitucional en virtud al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, previsto en el artículo 139 inc. 8 de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional concluye su fallo con las siguientes palabras expuestas en el considerando 15 de la STC N° 0019-2005-PI/TC: *“si bien es verdad que no hay previsión legal que permita actuar en el presente caso y que el Tribunal Constitucional no puede asumir atribuciones que son propias del Parlamento para darle un valor numérico a los días de arresto domiciliario, también es verdad que este Colegiado no puede dejar de administrar justicia más aún si se encuentra ante una situación irrazonable y desproporcionada como la que afecta al beneficiario a consecuencia de la actuación legalista del ente administrativo penitenciario. Es el contenido de la propia Constitución, en consecuencia, la que da respuesta a este problema dado su fuerza normativa y carácter fundante y fundamentador del ordenamiento jurídico y la que respalda a este Colegiado para que estime la demanda, ya que de lo contrario estaríamos validando la arbitrariedad que supone no reconocer valor alguno a los días que el beneficiario sufrió bajo arresto domiciliario”*.

a) El voto del magistrado Mesía Ramirez

La decisión adoptada por el Tribunal Constitucional es fruto de la apreciación de un conjunto de situaciones fácticas, a saber: 3 años de prisión efectiva, redención de la pena por el trabajo, 2 años de arresto domiciliario. Igualmente, opina que existe una omisión por parte del legislador respecto al valor que tienen los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena que no puede llevar al Juez Constitucional a dejar de administrar justicia.

b) El voto del magistrado Eto Cruz

El abono del tiempo de duración del arresto domiciliario para el cómputo de la pena impuesta no constituye un beneficio penitenciario. El objeto de la materia discutida se encuentra regulado en el Código Penal y no en el Código de Ejecución Penal. De modo que, no existen razones que justifiquen la cita realizada por los votos en minoría referidos a los beneficios penitenciarios. Por otro lado, considera que la ausencia de reglamentación legislativa constituye una violación de la dimensión objetiva del derecho a la libertad personal. Finalmente, señala que en su opinión debería corregirse el vacío legislativo mediante una sentencia aditiva, ya que no existe una norma específica que subsane la “laguna técnica”. En conclusión, sobre la base de la STC N° 00019-2005-PI/TC propone una fórmula intermedia que contemple 2 días de arresto domiciliario por un día de pena, siempre que no se produzcan situaciones que flexibilicen la medida coercitiva, tales como, autorizaciones para acudir al centro de trabajo; custodia que no esté en manos de la autoridad policial; ya que en éstos últimos supuestos, el legislador podría establecer que se descuente un día de pena por cada tres días de arresto domiciliario.

c) El voto del magistrado Calle Hayen

El hecho de no existir una norma expresa que regule el tema del abono del arresto domiciliario al tiempo de detención, no implica que los magistrados constitucionales estén en la imposibilidad de resolver este caso. En el supuesto en el que el reo ya ha cumplido con su condena pero todavía se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario, resulta de aplicación un habeas corpus traslativo. En aplicación del principio *pro homine* y *pro libertate* resulta necesario que se efectúe en el caso analizado una labor integradora de derecho para garantizar la libertad del demandante.

6.2.3.4. La posición minoritaria: El arresto domiciliario no se abona a la pena

Los votos pronunciados en minoría por los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos consideran que nuestro ordenamiento jurídico no se permite abonar los días de arresto domiciliario al cómputo de la pena. Los fundamentos utilizados por los mencionados magistrados son los siguientes:

1. La compurgación de días de arresto domiciliario por días de cumplimiento de pena tiene la naturaleza de beneficio penitenciario. Los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, y en todo caso, los derechos fundamentales no son absolutos. En aplicación de lo expuesto en la STC N° 010-2003-AI/TC, la ausencia de beneficios penitenciarios o la imposibilidad de acceder a ellos no comporta una violación constitucional. En todo caso, el

Tribunal Constitucional ha manifestado que la denegatoria de excarcelación por beneficios penitenciarios está sujeta a una debida motivación, en la que el órgano jurisdiccional valore el grado de resocialización alcanzado por el sentenciado (STC 1593-2003-HC/TC).

2. El principio-derecho de dignidad de la persona humana determina que los efectos de compurgación del plazo de la pena previsto en el artículo 47 del Código Penal solamente resultan de aplicación a la detención preventiva, más no a la prisión domiciliaria debido al menor grado de intromisión que implica esta última figura. En consecuencia, no pueden equipararse detención preventiva y prisión domiciliaria (STC 0019-2005-PI/TC).
3. El hecho de que el derecho al plazo razonable del arresto domiciliario haya sido reconocido como un derecho constitucionalmente protegido (STC 731-2004-PHC/TC) no implica que el plazo de arresto domiciliario tenga necesariamente que abonarse al plazo de la pena privativa de la libertad.
4. En el caso analizado, no existe realmente un vacío legislativo que obligue al Tribunal Constitucional a formular una regla jurisprudencial al respecto. En este caso el legislador simplemente no ha optado, hasta ahora, porque los días de arresto domiciliario se abonen al cómputo de la pena privativa de la libertad. Esta decisión del legislador no contraviene la Constitución en la medida que: i) no existe mandato constitucional que le obligue a prever beneficios penitenciarios para todos los que han delinquido; ii) su denegatoria no afecta propiamente el derecho fundamental a la libertad personal; y iii) no existe un deber constitucional que obligue al legislador a prever que los días de arresto domiciliario sean abonados al cómputo de la pena efectiva.
5. La sentencia en mayoría realiza un análisis que sólo le corresponde al juez penal ordinario, como es el cómputo de la pena.
6. La aplicación del nuevo Código Procesal Penal del 2004, que prevé que para los efectos del cómputo de la pena se descontará el plazo de detención preventiva sufrida (...) si se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido (...), el arresto domiciliario únicamente se impone en circunstancias regladas, cuando la medida restrictiva de libertad que corresponda imponer sea la detención. En consecuencia, a diferencia del Código Procesal Penal de 1991 – de aplicación para nuestro caso- que prevé a la prisión domiciliaria como una comparecencia con restricciones, esto es, como una media alternativa a la detención preventiva; el Código Procesal Penal del 2004, considera a la prisión domiciliaria como una modalidad sustituta a la medida de detención preventiva.

6.2.3.5. Nuestra posición respecto a la STC N° 6201-2007-PHC/TC: La compurgación de la pena en el caso del arresto domiciliario

a) Coerción y proceso penal

La comisión de un hecho delictivo genera alarma social y, además, el reproche de la colectividad respecto del autor, esperando se le sancione con las penas que la ley establece y repare el daño causado, lo que puede significar la privación de su libertad ambulatoria, vía sentencia condenatoria y la pérdida de sus bienes. Sin embargo, tal sanción no se puede imponer durante el proceso, empero si se pueden adoptar determinadas medidas jurisdiccionales con la finalidad, justamente, de asegurar que el imputado este presente en el proceso hasta la decisión judicial final⁴⁹⁰.

En ese sentido, los actos coercitivos personales propios del proceso penal pueden atacar el ejercicio de diferentes derechos del imputado. El derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la privacidad de la correspondencia, el derecho a la libertad, entre otros. De esta forma, se hace posible la aplicación de una eventual condena, se garantiza el correcto desenvolvimiento del proceso y, lo más importante, se evita que la aplicación de la ley penal se torne ilusoria.

De modo que, la restricción de la libertad durante el desarrollo de un proceso penal tiene la naturaleza jurídica de ser una medida cautelar de naturaleza personal. En ese sentido, el Código Procesal Penal de 1991 establece como medidas cautelares personales en el procedimiento penal dos formas, la comparencia y la detención.

b) Comparencia

En la comparencia el imputado se encuentra en libertad, aunque en la mayor de las veces, sometido a determinadas reglas de conducta, por ejemplo, no ausentarse de la localidad en que reside, no concurrir a determinados lugares, etc.; pero, de otro lado tiene el deber legal de presentarse ante el Juzgado cada vez que sea llamado, bajo sanción de que el estado de comparencia sea revocado por el mandato de detención o, en el mejor de los casos, por una comparencia con restricciones. La comparencia significa encontrarse en una condición de obligación de comparecer cada vez que se sea citado.

Artículo 143° Mandato de Comparencia: “Se dictará mandato de comparencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparencia con la restricción prevista en el inciso primero, tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente. El Juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes:

Inciso 1.- La detención domiciliaria del inculcado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartándose las ordenes necesarias

490 SANCHEZ VELARDE, Pablo, Op. cit. p. 729.

Inciso 2.- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada quien informara periódicamente en los plazos designados.

Inciso 3.- La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

Inciso 4.- La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.

Inciso 5.- La presentación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten.

El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso y ordenara las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el hecho punible denunciado esta penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tale alternativas

Decíamos que la comparecencia constituye la condición procesal en la cual el inculpado se encuentra en plena libertad ambulatoria, pero bajo la observación de reglas de conducta. Nuestro ordenamiento procesal contempla dos modalidades de comparecencia, la comparecencia simple y la comparecencia con restricciones.

La comparecencia simple es aquella medida cautelar que obliga al inculpado a cumplir con los mandatos del Juzgado pero que no restringe su libertad ambulatoria. Sin embargo, representa una medida cautelar en la medida que el procesado se encuentra conminado a presentarse ante el Juez, cada vez que esto lo llame, bajo la amenaza de que su incomparecencia podría acarrear la revocatoria del mandato de comparecencia simple y su sustitución por uno con mayor severidad (incluida la detención). En este caso, el procesado puede decir que se encuentra procesado en libertad.

En cambio, la comparecencia con restricciones consiste en la medida cautelar que obliga al inculpado a cumplir con los mandatos del Juzgado bajo una real afectación de sus derechos o libertades personales; pero sin que esto llegue a constituir una privación de la libertad ambulatoria propiamente dicha. En otras palabras, el procesado se encuentra en proceso sometido a los mandatos que el Juez dicta. Aquí, el proceso podría decir que está siendo procesado en libertad pero con ciertas restricciones o prohibiciones.

c) La detención preventiva

En cambio en la detención preventiva, el inculpado se encuentra privado de su libertad. De conformidad con la Constitución, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación puede entenderse por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional de carácter provisional y duración limitada por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad y en quien

concorre un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a al llamado de la justicia⁴⁹¹. La detención preventiva es aquella medida cautelar personal que ocasiona la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustentación del proceso penal (MORENO CATENA: 2000:1657).

Artículo 135 del Código Procesal Penal: “El Juez puede citar mandado de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar:

Inciso 1.- Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo (...)

Inciso 2.- Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de la libertad (...)

Inciso 3.- Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria (...)

En ese sentido, los fines de la prisión preventiva puede reconducirse a los dos siguientes: i) determinar el encarcelamiento de una persona probablemente autora de un delito para que esté presente en el proceso y al ejecutarse la pena; ii) establecer, por providencia judicial expresa, la relación de una persona con un hecho de carácter delictual, del cual es probablemente su autora⁴⁹². Hay que tener presente que el único objetivo constitucionalmente posible de la prisión provisional lo constituye asegurar la presencia del imputado en el proceso penal en relación con la ejecución⁴⁹³.

d) El arresto domiciliario: ¿Comparecencia o detención?

En nuestra legislación, el lado “favorable” de la detención preventiva que sufre el procesado ha consistido siempre en servirle para abonar el tiempo del cumplimiento de la pena. Así, el artículo 31 del Código Penal de 1863, artículo 49 del Código Penal de 1924 y artículo 47 del Código vigente, han contemplado que la detención preventiva está referida íntimamente al cómputo del plazo de la pena. Inclusive, cabe resaltar que la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada mediante Ley 27837, estableció en el artículo 45 de su Anteproyecto lo siguiente: «El tiempo de detención policial o judicial, incluido el *arresto domiciliario*, que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención».

491 GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; GARBERÍ LTOBREGAT. Los Procesos Penales, Tomo IV, Barcelona, Ed. Bosch, 2000, p. 126.

492 RUBIANES, Carlos J. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomos I y III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985, p. 118.

493 MORENO CATENA, Víctor. El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y comentarios, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. II., p. 1658.

El 03 de julio de 2005, la Ley 28568 modificó el artículo 47 del Código Penal haciendo la siguiente precisión: “El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la multa o limitativa de derecho, la detención preliminar, preventiva y domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”.

Sin embargo, dentro del mismo mes de la entrada en vigencia de la Ley 28568, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC de fecha 22 de julio de 2005, declaró que la frase “y domiciliaria” resultaba inconstitucional. En ese sentido, el tribunal Constitucional consideró que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de “día por día” con la pena privativa de libertad pero que resultaba violatorio del principio de igualdad equiparar un día de detención preventiva por un día de prisión domiciliaria. Cabe señalar que, el 09 de julio de 2007, el Congreso de la República mediante Ley N° 28577 había ya restablecido el artículo original de artículo 47 del Código Penal, en el sentido de que “el tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el computo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención (...). Dicha Ley omitía expresamente prever la condición de la prisión domiciliaria para efectos de la compurgación de la pena.

La siguiente cita muestra el fundamento de su criterio: “La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes) (...) lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión⁴⁹⁴”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0019-2005-PI/TC manifestó que: “Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada. El primero es el modelo *amplio* de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este

494 Expediente N° 0019-2005-PI/TC.

modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva. El segundo modelo es el *restringido*, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente”. En consecuencia, su conclusión fue que al recoger nuestro modelo procesal (Código Procesal Penal de 1991) el modelo amplió la equiparación de un día de pena en casa por un día de pena en la cárcel no resultaba constitucionalmente posible.

Por otro lado, en nuestro medio se ha sostenido que, “el debate sobre el abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena privativa de libertad permite identificar tres posturas. Para cierto sector doctrinal, ambas formas de privación de libertad son equivalentes, y debe descontarse cada día de arresto domiciliario por un día de pena.¹ Una segunda postura considera que esta equiparación es inaceptable y que las «ventajas», «beneficios» o «privilegios» del arresto domiciliario impiden que tenga relevancia alguna en el cómputo de la pena.² Finalmente, desde otra posición —en cierta forma, intermedia— se entiende que tales «privilegios» no evitan que la detención domiciliaria sea una forma de restricción de la libertad ambulatoria, por lo cual merece tomarse en cuenta para descontarla de la pena privativa de libertad pero no de modo equivalente o aritmético. Esto es, varios días de privación de libertad domiciliaria, dos, cuatro, seis, etc., podrán descontarse por uno de pena”⁴⁹⁵.

Aquellos que consideran inaceptable la equiparación han manifestado que “el arresto domiciliario es ‘un especial estado de comparencia restringida’ que tiene características peculiares. Como su nombre lo indica, se cumple en la residencia del sindicado, aún cuando nada obsta que pueda ejecutarse en local distinto al domicilio habitual (recuérdese el caso de la animadora de televisión Laura Bozzo Rotondo, quien cumplió arresto en el local de Monitor) (...) el procesado puede contar con custodia policial, la misma que puede ser permanente o esporádica, o simplemente no tener asignado efectivo policial alguno que verifique el correcto cumplimiento del arresto domiciliario”⁴⁹⁶.

Ahora bien, hay que tener presente, como se ha dicho, que la detención domiciliaria del inculcado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial, o sin ella, consiste en restringir la libertad ambulatoria del imputado obligándolo a permanecer o en custodia de otra persona que puede o no ser la autoridad policial⁴⁹⁷. Es unánime la doctrina y la jurisprudencia —inclusive la

495 CARO CORIA, Dino Carlos. El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena. Disponible en www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_62.pdf (Consultado el 02 de marzo de 2011).

496 GAMARRA HERRERA, Ronald; en *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 117, 2008, Junio, Año 14, Ed. Gaceta Jurídica, p. 263

497 CUBAS VILLANUEVA, Víctor, Op. cit., p. 296.

constitucional- en reconocer que la prisión domiciliaria constituye una aflicción a la libertad ambulatoria:

La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio también es una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la mas grave⁴⁹⁸.

La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio también es una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse al tratarse de una medida cautelar y no de una sanción⁴⁹⁹.

(...) No cabe duda, que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo, permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante y evitando el “contagio criminal” al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia⁵⁰⁰.

Hasta acá tenemos dos aspectos muy claros. La prisión domiciliaria constituye una afectación al derecho a la libertad del inculcado y la prisión domiciliaria significa un grado de vulneración a la libertad del procesado que resulta inmediatamente inferior a la detención preventiva. Por ello la cuestión debatida se resume en determinar si el arresto domiciliario amerita que el tiempo sujeto a esta medida sea considerado a efectos de determinar el cómputo y la compurgación de la pena.

La palabra arresto procede del latín *ad* (a) y *restare* (quedar). Significa, por lo tanto, el acto de autoridad competente de aprehender a una persona, de someterla a prisión o en casa de custodia, por breve tiempo, por causas correccionales o penales y con motivo de haberse comprobado una infracción o de tener sospechas fundadas de que se ha cometido una trasgresión orden jurídico.

Es evidente que no representa la misma afectación sufrir detención en nuestra casa que en la cárcel. Sin embargo, no podemos asumir un postura formalista que limite nuestra interpretación sobre la institución de la detención domiciliaria a la ubicación

498 STC Exp. N° 1565-2002-HC/TC; STC Exp. N.° 209-2003-HC/TC; STC Exp. N.° 0376-2003-HC/TC), entre otras.

499 STC Exp. N.° 2268-2002-HC/TC.

500 STC Exp. N.° 0731-2004-HC/TC (FJ 7).

que esta tiene dentro de nuestra norma procesal. Lo importante no es saber si la prisión domiciliaria es una forma de comparecencia restringida o una modalidad de detención. Lo que realmente importa es advertir si la libertad ambulatoria está siendo restringida en términos objetivos.

Lo real y concreto es que más allá de las etiquetas utilizadas por el legislador y por encima de la consideración que sobre esta división se realice –si estamos ante un modelo “amplio” o “restringido”, utilizando las categorías empleadas por el Tribunal Constitucional, lo que importa es ver si el sujeto sobre el cual recae la medida tiene o no libertad ambulatoria.

¿El procesado que se encuentra bajo arresto domiciliario puede, sin necesidad de solicitar autorizaciones especiales, salir de su domicilio a pasear por las calles, puede laborar fuera de casa y regresar por las noches, puede no obedecer la custodia o prescindir de ella, puede salir de viaje fuera de localidad, puede tomar unas vacaciones, puede ir al hospital a realizarse un chequeo médico, etc.? La respuesta es negativa. El procesado no puede disponer de su libertad como le antoje, tampoco tiene una libertad de movilizarse de un lugar a otro.

Evidentemente, quien sufre detención domiciliaria puede acceder, no a cualquiera, sino a determinados permisos especiales que en la práctica pueden acarrear una flexibilización de la privación de libertad y una mayor libertad física. Sin embargo, estos permisos especiales pueden ser solicitados, aunque en forma mucho más limitada, por quien sufre una detención preventiva. Por ejemplo, en caso de la muerte de la madre o el padre, se le otorga la posibilidad de salir del centro de reclusión para asistir a la ceremonia. Por ello, aunque no puede equipararse prisión preventiva de prisión domiciliaria, si debe considerarse que en este último caso también se está ante un caso de severa privación de libertad.

La prisión o arresto domiciliario es una prisión en casa que se asemeja en mayor grado a la detención preventiva que a la comparecencia simple o con restricciones. Por ello, Pablo SANCHEZ VELARDE aclara: “En nuestro sistema se incluye dentro de estas medidas [comparecencia] al arresto domiciliario, que consideramos discutible (su ubicación) pues en el fondo constituye una privación de la libertad, que es una limitación a la libertad de la persona a permanecer en determinado lugar sin poder salir, aunque cuando esta medida pueda ser flexible⁵⁰¹. El referido autor continúa refiriendo, “La detención domiciliaria consiste en el procesamiento de una persona que se encuentra obligada judicialmente a permanecer en su domicilio. “Quizás hubiera sido aconsejable incorporar el arresto domiciliario como una medida cautelar autónoma y debidamente reglamentada a efecto de evitar cualquier confusión en la interpretación y el control de su aplicación (...) No está demás señalar que la limitación a la libertad bajo esta medida cautelar de arresto domiciliario puede ser tan severa que, en la práctica puede configurar una efectiva privación de libertad cuando se disponga bajo custodia policial”⁵⁰².

501 SANCHEZ VELARDE, Pablo, Op. cit., p. 741.

502 Ibid, p. 745.

Finalmente, consideramos un error considerar, como se hace mediante los votos singulares en minoría, considerar que la compurgación de los días de arresto domiciliario constituyen un beneficio penitenciario y, por tanto, aplicar al caso la jurisprudencia referida a esta categoría jurídica. Hay que recordar que los beneficios penitenciarios son el permiso de salida, la redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad, la liberación condicional, la visita íntima. Todos estos se conciben como incentivos que coadyuvan al tratamiento penitenciario, haciendo de la permanencia en el centro reclusorio no un paso de autómata, sino un recorrido útil para el interno, que implica el cumplimiento de los fines de la pena impuesta, y por ende, el mantenimiento de la buena conducta que repercute en la disciplina, de modo que el interno con su participación activa en los programas del centro penitenciario pueda acceder a mecanismos que le permiten con antelación al término fijado en la ley alcanzar la semilibertad, liberación condicional o incluso la libertad definitiva antes del cumplimiento definitivo de la pena impuesta. El error de la posición en minoría consiste en fundamentar su postura confundiendo un aspecto referido al cómputo de la pena (Derecho penal) con el ámbito de los beneficios penitenciarios (Derecho de ejecución penal).

6.3. La Intervención Judicial de la Pena

Como la pena se establece por una sentencia dictada por un juez, cualquier acto que altere o pueda modificar el contenido de la decisión jurisdiccional durante el cumplimiento de la condena, únicamente pueda provenir del órgano judicial. “El Juez de Vigilancia (Juez Penal), con arreglo a la Ley tiene atribuciones ‘para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a los prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse’”⁵⁰³.

No cabe duda que, el control de la ejecución de la pena es exclusivamente de naturaleza jurisdiccional, más nunca de carácter administrativo. El principio de legalidad en la ejecución de la pena significa “la sujeción a la ley y a los reglamentos de la ejecución penal, esto es, que la autoridad administrativa no puede convertirse ni en legislador ni en juez, mas si se halla bajo la vigilancia y control de la Autoridad Judicial, una de cuyas funciones es la de “adoptar las decisiones necesarias para que las penas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto por la sentencia”⁵⁰⁴.

Es evidente que la intervención judicial de la pena no significa que los jueces puedan ir contra lo prescrito por la ley de ejecución penal, ni contra sus reglamentos que la desarrollan. Por el contrario, es de conformidad con el marco legislativo, la manera en la cual el órgano judicial debe controlar la ejecución de la pena. Pero, únicamente la ejecución de la pena puede ser supervisada por el órgano jurisdiccional. Solamente el juez puede verificar que la pena impuesta en la sentencia condenatoria se esté aplicando en los términos que han sido descritos por las normas de ejecución penal.

503 LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal. Parte general. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 301.

504 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p. 135.

La administración penitenciaria cumple labor ejecutiva más nunca de interpretación de la norma jurídica. La tarea hermenéutica de aplicar la norma al caso concreto está reservada al órgano jurisdiccional. Las autoridades penitenciarias simple y llanamente deben velar por el manejo eficiente del centro penitenciario asignado. Claro está, respetando en su actuación, los derechos fundamentales; y siempre en cumplimiento de lo ordenado a nivel judicial.

La autoridad penitenciaria tiene potestad gubernativa o ejecutiva; mientras que la autoridad judicial tiene potestad controladora tanto en materia de ejecución de la pena como respecto a los derechos y beneficios de los reclusos, así como en todo a lo relacionado a la suspensión de la pena, la libertad condicional o, en general, de la aprobación de cualquier beneficio penitenciario. Queda así proscrita cualquier intromisión de la administración penitenciaria que no pertenezca a sus labores gubernativas.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “Cuarto.- (...) en cuanto al cómputo iniciado, es de tener presente el artículo 330 del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria, como en el presente caso, se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad, salvo los casos en que la pena sea la de internamiento, relegación, penitenciaria o expatriación; que ello significa que, salvo esas penas, la impugnación contra una sentencia condenatoria no es suspensiva y, por consiguiente, se ejecuta provisionalmente conforme a sus propios términos, lo que por lo demás reitera el artículo 293 del Código de Procedimientos penales y, en tal virtud, obliga al órgano jurisdiccional a disponer lo conveniente para que sus disposiciones se ejecuten cumplidamente mientras se absuelva el grado, lo que significa que deberá instarse el cumplimiento de las reglas de conducta, las penas que no son objeto de suspensión y el pago de la reparación civil, en tanto que para tales cometidos la competencia del órgano jurisdiccional de ejecución no está suspendida.” (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente R.N. N° 2476-2005 – Lambayeque, de fecha 20.04.2006, considerando 4 – este considerando constituye precedente vinculante de conformidad con lo establecido en la Ejecutoria anteriormente citada).
- 2) “Sexto. El artículo 6° del Código Penal consagra el instituto de la retroactividad de la ley penal más favorable. En caso de conflicto en el tiempo las leyes penales debe aplicarse la ley mas favorable, incluso cuando media sentencia firme de condena, en cuyo caso –en tanto la pena subsista, está pendiente o en plena ejecución- “...el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponde, conforme a la nueva ley” (...)Se trata en este caso, según doctrina unánime, de una excepción a la prohibición de revivir procesos fenecidos, a la cosa juzgada (...) [el Pleno Jurisdiccional] Ha resuelto: Cuadragésimo. Establecer la siguiente doctrina legal, respecto a la aplicación del artículo 6° del Código Penal en relación con la Ley N° 28002 [Ley que conmina una pena menor a la

impuesta en la sentencia que está ejecutándose]: 1. Cuando la nueva ley disminuye el marco legal abstracto con que se conmina la infracción penal objeto de condena firme, la pena impuesta con arreglo a la ley anterior ineludiblemente debe ser sustituida. 2. La sustitución de la pena debe respetar los hechos declarados probados, y las circunstancias y factores reconocidos en el fallo como relevantes para la determinación judicial de la pena, los que son inmutables. 3. La nueva pena a imponerse debe respetar los principios de proporcionalidad y de legalidad. 4. Si se impuso el máximo o mínimo legal con arreglo a la ley anterior, la nueva pena sustituida debe, igualmente, imponer el máximo o mínimo legal, respectivamente, establecida en la nueva ley; y 5. Si se impuso una pena interior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley. En ambos casos, el nivel de disminución queda librado al Tribunal de la sustitución, a cuyo efecto valorará el conjunto de factores y circunstancias fijados en los artículos 45° y 46° del Código Penal, así como las demás previstas en la ley e incorporadas a la sentencia. Otros factores que deben tomarse en consideración son, de un lado, el nuevo cuadro de penas instituido por la nueva ley para el conjunto de delitos regulados por ella y referidos a la misma Sección modificada; y de otro lado, aunque sin ser estimado como el factor principal o referente, la lógica proporcional en relación a la concreta cuantía de la pena que impuso el Tribunal originario. (Sentencia Plenaria N° 2-2005/DJ-301-A del Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, fundamentos jurídicos N° 6 y 12, publicados en el Diario Oficial El Peruano en fecha 26.11.05 –los principios jurisprudenciales antes mencionados constituyen precedentes vinculantes de acuerdo a la Sentencia Plenaria anteriormente citada)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de legalidad en la ejecución de la pena garantiza que las normas que integran el Derecho de Ejecución Penal mantengan vigente el principio de legalidad materia y, en particular, los subprincipios incorporados en éste, estos son, *lex scripta*, *lex praevia*, *lex stricta*, y *lex certa*.
2. El principio de legalidad en la elución de la pena determina que esté prohibida cualquier forma de ejecución de la pena -salvo aspectos de carácter netamente administrativos o gubernativos-, sobre la base de criterios diferentes a los establecidos en la legislación penitenciaria. El mismo también garantiza que las decisiones en torno a la libertad o derechos del reo sólo esté librada al arbitrio del órgano jurisdiccional que dicto la condena. Las decisiones en torno a la aplicación de la pena no pueden quedar a la

discreción de las autoridades que administran los establecimientos penitenciarios.

3. El principio de legalidad en la ejecución de la pena comparte las mismas fuentes constitucionales que de modo directo dan origen al principio de legalidad procesal penal, establecidas en la Ley Fundamental de 1993, en el artículo 139; incisos 10 y 3, respectivamente. No obstante, existe una importante diferencia, el principio de legalidad material sí es en una tercera fuente directa que da origen y fundamenta el establecimiento del principio de legalidad en la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que crea *per se* una “garantía de ejecución” a las normas de ejecución penal, puesto que la ejecución de la sentencia condenatoria equivale, sin lugar a dudas, a la aplicación misma de la sanción penal.
4. La predictibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos de las personas es una garantía contenida dentro del fundamento material del principio de legalidad. La predictibilidad o calculabilidad sobre la cual el ciudadano tiene derecho a realizar un examen a efectos de decidir si lleva o no a cabo hechos que acarrearán consecuencias jurídicas determina que dicho análisis (costo-beneficio) comprenda no sólo el qué (¿Qué hecho?) o el cuánto (¿Cuánta pena?) sino el cómo (¿En casa o en prisión?).
5. La vinculación del juez a la ley impuesta por el principio de legalidad tiene la finalidad de “garantizar objetividad”. El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados –ni ser un medio contra autores ya conocidos- sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada ley dictada con anterioridad al hecho.
6. El artículo 103 de la Constitución dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. El Tribunal Constitucional utiliza un *criterio formal*, que diferencia entre el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal, de modo tal, que a su criterio solamente las normas penales materiales gozan de las garantías derivadas del principio de favorabilidad. La sola distinción entre los principios *tempus delicti comissi* -como propio del Derecho penal sustantivo- y *tempus regit actum*, como propio del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución penal olvida que el *principio de legalidad* tiene por finalidad garantizar al individuo que el Estado no va a abusar del *ius puniendi*. Dado que no solamente se restringen derechos subjetivos importantes, como la libertad, mediante la ley penal, sino también mediante la aplicación de normas procesales –por ejemplo, al decretarse una detención preventiva o negar una libertad provisional-, y al aplicarse normas de ejecución penal –por ejemplo, al negar un pedido de libertad condicional. El principio de favorabilidad se aplica de modo amplio al sistema normativo de leyes penales.
7. El control de la ejecución de la pena es exclusivamente de naturaleza jurisdiccional, más nunca de carácter administrativo. Es evidente que la

intervención judicial de la pena no significa que los jueces puedan ir contra lo prescrito por la ley de ejecución penal, ni contra sus reglamentos que la desarrollan. Solamente el juez puede verificar que la pena impuesta en la sentencia condenatoria se esté aplicando en los términos que han sido descritos por las normas de ejecución penal. La administración penitenciaria cumple labor ejecutiva más nunca de interpretación de la norma jurídica. La tarea hermenéutica de aplicar la norma al caso concreto está reservada al órgano jurisdiccional. Queda así proscrita cualquier intromisión de la administración penitenciaria que no pertenezca a sus labores gubernativas.

§ 8. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

I. INTRODUCCIÓN

El principio de culpabilidad está contenido en el apotegma *nulla poena sine culpa* o *nulla actio sine culpa*. “El principio de culpabilidad, si se le separa de la teoría de retribución, a la que equivocadamente se le suele considerar indisolublemente unido, es un medio imprescindible en un Estado de Derecho para limitar la potestad penal estatal”⁵⁰⁵. “La necesidad y la aptitud de las alternativas al principio de culpabilidad sólo pueden ser valoradas suficientemente cuando las dimensiones de este principio estén separadas totalmente y se haya puesto de relieve su significado para nuestra cultura jurídico – penal”⁵⁰⁶.

“El principio de culpabilidad significa que solo ha de pensarse cuando se produce un hecho culpable, y no después de la realización de un injusto inculpable: la culpabilidad, la falta de fidelidad al Derecho actuada en cuanto desautorización de la norma, a su vez, es un asunto social y no es susceptible de ser descrita como suceso en la psique del autor”⁵⁰⁷. En ese sentido, el apotegma de culpa *nullum pena sine culpa* (no hay pena sin culpabilidad) enseña que en un Estado de Derecho, solamente se justifica la pena impuesta a un sujeto cuando se comprueba en grado de certeza que el supuesto de hecho tipificado en la ley como delito puede ser imputado a quien lo ha realizado. “El principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo o a la culpa”⁵⁰⁸.

En efecto, la primera manifestación del principio de culpabilidad es el principio de responsabilidad personal o principio de proscripción de responsabilidad objetiva. Es

505 ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Op. cit., p. 29.

506 HASSEMER, Winfried, Persona, mundo y responsabilidad, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 103.

507 GUNTER, Jakobs, CANCIO MELIÁ, Manuel, Op. cit., p. 58.

508 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p. 111.

entendido también como proscripción de la responsabilidad objetiva, limitando las fuentes de imputación subjetiva al dolo o la imprudencia, dando relevancia al error sobre los hechos o su ilicitud y a determinados estado de alteración mental como causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal”⁵⁰⁹. No obstante, lógico es que previamente a la verificación del dolo o la culpa, la antijuricidad y la culpabilidad en estricto sentido, se establezca la imputación objetiva traducida en identificar al portador de la conducta generadora de un riesgo prohibido, materializado en el resultado lesivo.

“El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita. Si alguien conduciendo un vehículo de motor produce un accidente por un ligero descuido, quizá pueda parecer conveniente desde un punto de vista de prevención general la imposición de una pena grave; pero la vigencia del principio de culpabilidad obliga también a imponer una pena leve en casos de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general”⁵¹⁰. “Es inevitable que el Juzgador se remita a efecto de determinar la pena justa y merecida, a las particularidades propias del autor que reveló en su obrar antijurídico, de conformidad con un criterio orientado a la prevención especial”⁵¹¹. De modo que, el principio de culpabilidad indirectamente determina también que la sanción penal se encuentre condicionada al grado de responsabilidad de la persona por la comisión de un hecho delictivo (*principio de proporcionalidad*).

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo VII.- “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda prosrita toda forma de responsabilidad objetiva”⁵¹².

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

509 MUÑOZ CONDE, Francisco, Nuevas tendencias en Derecho penal, en: ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco; nuevas tendencias en el tercer Milenio, Ed. Fondo de Desarrollo Editorial, Lima, p. 14.

510 ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 1980, p. 46.

511 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 183. “El principio de culpabilidad tiene la significación indicada de los principios conexos de necesidad, eficacia y proporcionalidad, y muy especialmente en una plasmación del principio de igualdad, que prohíbe tratar igual a los culpables que a los inculpables o semiculpables”. Ibid, p. 150.

512 Artículo VII –Anteproyecto de 2004.- “La pena requiere de la culpabilidad del autor o partícipe. Queda prosrita toda forma de responsabilidad objetiva”

Artículo VII –Anteproyecto de 2009.- ““La pena requiere de la culpabilidad del autor o partícipe. Queda prosrita toda forma de responsabilidad objetiva”

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

Artículo 9º. Conducta punible.-

Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Artículo 12. Culpabilidad: Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

Artículo 4.- Principio De Responsabilidad: La pena o medida de seguridad no se impondrá si la acción u omisión no ha sido realizada con dolo o culpa. Por consiguiente, queda prohibida toda forma de responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva es aquella que se atribuye a una persona sin considerar la dirección de su voluntad, sino únicamente el resultado material a la que está unido causal o normativamente el hecho realizado por el sujeto.

La culpabilidad sólo se determinará por la realización de la acción u omisión.

Código Penal de España

Artículo 5.- No hay pena sin dolo o imprudencia.

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 8.- Principios de responsabilidad personal y de humanidad: La persona sólo responde por los hechos propios. La pena no trasciende de la persona del condenado.

No se impondrá pena o pena que, aisladamente o en conjunto, duren más de treinta años.

Esta regla es aplicable también a las medidas de seguridad.

Artículo 9.- Principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad: La pena o medida de seguridad sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado.

No hay pena sin culpabilidad. La pena no podrá superar la que resulte proporcionada al grado de culpabilidad respecto del delito; en consecuencia, se adecuará la pena en función de la menor culpabilidad.

Código Penal de Panamá

No regula sobre el particular

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

No regula sobre el particular

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

Artículo 3. (Relación de causalidad) Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo.

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de culpabilidad no está expresamente recogido en el texto de la Constitución Política del Estado de 1993. No obstante, la existencia del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, del contenido del principio de legalidad penal, consagrado en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” y, que originariamente fue establecido en la Constitución de 1979, en el artículo 20; inciso d): “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”, siendo este último texto constitucional el que inspiró al legislador que redactó el Código Penal de 1991.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el principio de legalidad lleva implícito la consagración del principio de culpabilidad. En la STC N° 0014-2006-PI/TC, (Pleno Jurisdiccional), Caso acción de inconstitucionalidad contra la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal, de fecha 19 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional ha precisado que del principio de legalidad y, en particular, del “mandato de determinación” que constituye uno de los subprincipios contenidos en éste: “(...) se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal (FJ 30)

(...) Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad (FJ 31)⁵¹³.

La segunda fuente del principio de culpabilidad se encuentra en la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de las penas. Éste último, como veremos posteriormente con mayor amplitud al comentar el principio de proporcionalidad, ha sido constitucionalizado por el Tribunal Constitucional, en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993, el mismo que dispone: “Son garantías constitucionales (...) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”⁵¹⁴. “La culpabilidad por el carácter es compensada a través de la imposición y asunción de una acción espacialmente configurada sobre el carácter”⁵¹⁵. La determinación abstracta de los límites mínimos o máximos de una conminación penal, así como la determinación concreta de una pena en un caso particular, ya sea para elevar o reducir una sanción, presuponen que la potestad punitiva no tiene por objeto castigar pensamientos o ideas no exteriorizadas (responsabilidad por el hecho), ni actos atribuibles a terceros (responsabilidad personal), ni resultados lesivos causados por sucesos fortuitos o no queridos por el sujeto que los realiza (responsabilidad subjetiva), ni sujetos respecto a los cuales no es posible efectuar un juicio de reproche penal (imputabilidad). Si no se verifican las garantías contenidas en el principio de culpabilidad, no es posible evaluar la razonabilidad o proporcionalidad de una pena.

En tal sentido, en la STC N° 0014-2006-PI/TC, (Pleno Jurisdiccional), Caso acción de inconstitucionalidad contra la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal, de fecha 19 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional ha referido que: “El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas (FJ 32) (...) el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable

513 “El principio que se comenta [culpabilidad] no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible” (FJ 28) en: STC N° 0014-2006-PI/TC, (Pleno Jurisdiccional), Caso acción de inconstitucionalidad contra la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal, de fecha 19 de enero de 2007.

514 STC N° Exp. N° 010-2002-AI/TC, Lima, (Pleno) Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003 (FJ 195 -199) Vid infra.

515 ROXIN, Claus, Política criminal y estructura del delito, Op. cit., p.128.

prevista por ley (FJ 33) (...) el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable (FJ 35)”.

De ese modo, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0014-2006-PI/TC, (Pleno Jurisdiccional), Caso acción de inconstitucionalidad contra la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal, de fecha 19 de enero de 2007, ha señalado de modo expreso que: “(...) el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico (FJ 36)”. Es importante precisar que el principio de culpabilidad es un principio limitador del *ius puniendi* de carácter autónomo y que la vinculación que guarda con los principios de legalidad y proporcionalidad no podría llevarnos a afirmar que éste deriva de aquellos, sino por el contrario que el principio de culpabilidad y las garantías del mismo, por un lado, se complementan con el principio de legalidad y, por otro lado, dan nacimiento y razón de ser al principio de proporcionalidad de las penas en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante la vinculación innegable entre el principio de culpabilidad y los principios de legalidad y proporcionalidad, aún existe una tercera fuente constitucional del mismo. La tercera fuente del principio de culpabilidad consiste en el principio de dignidad de la persona humana. La Ley Fundamental de 1993 establece en su artículo 1 que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, el mismo que anteriormente estuvo previsto en el artículo 1 de la Carta Política de 1979: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”. En ese sentido, CASTILLO ALVA sostiene que: “El principio de culpabilidad, tal como se reconoce, tiene su fundamento esencial en la dignidad de la persona humana, cuyo respeto impide que un hombre sea tratado como medio o instrumento para alcanzar otros fines distintos a los planteados por el mismo”⁵¹⁶. De similar opinión es SAN MARTÍN, quien refiere que el principio de culpabilidad fluye del principio de dignidad de la persona y del Estado de Derecho y se plasma en dos subprincipios: i) Personalidad de las penas – solo los autores del hecho delictivo y los que participan en él como partícipes pueden ser sancionados- y, ii) De exigencia de dolo o culpa –rechaza la responsabilidad objetiva- e imputabilidad del autor⁵¹⁷.

⁵¹⁶ CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 372.

⁵¹⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. Control difuso en materia penal; en: Cuadernos jurisprudenciales, suplemento mensual del Diálogo con la jurisprudencia, N° 63, septiembre, año 6, 2006, p. 7

V. CONCEPTO

El término “culpabilidad” ha recibido numerosas acepciones que evocan significados de diferente naturaleza⁵¹⁸. En la acepción más genérica, el término culpabilidad es utilizado para referir lo contrapuesto al concepto de inocencia. También, la culpabilidad es reconocida como la categoría dogmática que fundamenta la imposición de una pena y que integra la teoría del delito (nivel de la culpabilidad). Ejemplo de esto último es la idea de exigibilidad en la teoría de la culpabilidad⁵¹⁹. “La culpabilidad, según una feliz fórmula, extraída de la filosofía moral usual en la literatura anglosajona, consiste en el hecho de que el responsable de un delito, ‘abría podido actuar de otro modo’”.⁵²⁰ Otra acepción, lo equipara a responsabilidad subjetiva, que proscribe la responsabilidad objetiva por el resultado y solo admite el dolo y la imprudencia.

El apotegma de culpabilidad (*nulla poena sine culpa* o *nulla actio sine culpa*) significa que no hay pena sin culpabilidad. “El principio de culpabilidad es entendido como la vinculación subjetiva que liga al autor con la acción u omisión que se exterioriza en un estado de lesión, imputación subjetiva que contiene una específica connotación anímica del autor⁵²¹. El término “culpabilidad” que integra el principio de culpabilidad significa la seguridad de que el hecho puede serle reprochado al autor por no haberse comportado de acuerdo a Derecho cuando podía hacerlo (culpabilidad es reprochabilidad). El principio de culpabilidad exige que la imposición de una pena presuponga culpabilidad del autor en el hecho realizado.

El principio de culpabilidad contiene una doble incidencia en el sistema de responsabilidad penal: por un lado condiciona el sí de la pena (*principio de culpabilidad*); por el otro el cuánto de la misma (*principio de proporcionalidad*). La sanción penal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede serle “reprochado” o “exigido” al autor, e implica dos cosas distintas: en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues toda pena la supone, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva i responsabilidad por el mero resultado; y en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad⁵²².

El principio de culpabilidad significa que la pena criminal debe sólo fundarse en la constatación de que puede reprocharse el hecho a un autor. Del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, que toda pena supone culpabilidad de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*) y, en segundo lugar, que la pena no puede

518 “Se asigna el concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la imposición de la pena, exige la confluencia en el sujeto de capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta, que con sustituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de la culpabilidad como categoría de la estructura de la teoría del delito (la ausencia de cualquiera de estos elementos determina la imposibilidad de aplicar la pena)” HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p. 133

519 ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; Ed. Casa Editorial, Barcelona; 1972; p. 35-36.

520 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Op. cit., p. 493.

521 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., pp. 150-151.

522 VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, Bogotá, 1997, p. 283.

sobrepasar la medida de la culpabilidad (medición de la *pena dentro del marco máximo de la culpabilidad*)⁵²³. El principio de culpabilidad en sentido negativo significa que ninguna persona puede responder penalmente por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor), sino por su hacer (derecho penal de acto). La esencia de la culpabilidad no se encuentra, según esto, en un defecto del carácter adquirido culpablemente, por la forma en que se ha conducido la vida (“culpabilidad por la conducción de la vida”), sino en que el autor ha sucumbido a la tentación en la situación concreta y se ha hecho culpable a través de su hacer (“culpabilidad por el hecho”) ⁵²⁴.

Dentro del principio de culpabilidad, las dos exigencias impuestas al ejercicio sancionatorio del Estado consisten, por un lado, en la realización de un hecho penalmente relevante, esto es, que sea, imputable objetivamente a su autor o partícipe, y que, al mismo tiempo, le resulte imputable subjetivamente, esto significa que haya existido dolo o culpa. Por otro lado, el principio de culpabilidad abarca también la exigencia de culpabilidad del autor, lo que quiere decir que el autor no solo debe haber actuado dolosa o culposamente, sino que resulta necesario que reúna los elementos indispensables para poder imponérsele una sanción penal, esto es, que el sujeto sea imputable. Aunque, hay “algunos prefieren usar el término “responsabilidad” al de “culpabilidad” para evitar cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos”⁵²⁵. Lo cierto es que, “esta garantía impone un freno a las pretensiones estatales totalitarias, e imprime el derrotero a seguir poniendo límites al ejercicio del poder punitivo de un Estado que se precie de ser democrático”⁵²⁶.

VI. CONTENIDO

6.1. Los subprincipios específicos del principio de culpabilidad

“El principio de culpabilidad tiene importancia función liberal, al impedir que el interés general en un tratamiento de adaptación social o en un internamiento cautelar se sobreponga al interés de la libertad del delincuente sin tener en cuenta su culpabilidad”⁵²⁷. El principio de culpabilidad es un principio limitador del *ius puniendi* que se compone de cuatro subprincipios: (i) el principio de responsabilidad por el hecho, (ii) el principio de responsabilidad personal, (iii) el principio de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) y (iv) el principio de imputabilidad o culpabilidad en sentido estricto.

Sobre el particular, el profesor MIR PUIG sostiene que, “bajo la expresión ‘principio de culpabilidad’ pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda ‘culpase’ a quien la sufra del hecho que la motiva. Para ello es preciso en primer lugar, que no se haga responsable

523 JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T.I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 30

524 Loc. Cit.

525 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Derecho Penal Parte General, Op. cit., p.110.

526 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p. 162.

527 ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Op. cit., p. 59.

al sujeto por delitos ajenos: principio de personalidad de las penas. En segundo lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo conductas, hechos: principio de responsabilidad por el hecho, exigencia de un ‘Derecho penal del hecho’. Más no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: principio de dolo o culpa. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a este, como producto de una motivación racional normal: principio de imputación personal (también denominado de culpabilidad en sentido estricto). Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental”⁵²⁸.

6.1.1. El principio de responsabilidad penal por el hecho

El principio del hecho o principio del acto significa que solo los comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial pueden generar responsabilidad penal. La forma de ser o pensar de las personas no puede ser objeto regulado o sancionado por el Derecho penal. Enlaza este principio con el de legalidad, y su exigencia de “tipicidad” de los delitos: el “mandato de determinación” de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva⁵²⁹.

Punto de partida de todo el Derecho penal liberal es el antiguo aforismo según el cual no hay delito sin conducta humana (*nulla iniuria sine actione*), de donde ha surgido el llamado principio del acto o del hecho, de la objetividad material, o de la materialidad de la acción. El suceso acriminable no está constituido por un acto interno de la psique sino por un acontecimiento en el mundo de la naturaleza referido a un actuar del hombre⁵³⁰.

El ser humano responde ante la ley penal por lo que hace -acciones y omisiones-, no por lo que piensa o es. Todo delito presupone, por tanto, una acción o una omisión, un comportamiento, ya que en definitiva, el Derecho regula la coexistencia externa de los individuos, no la conciencia de éstos⁵³¹. “Cuando se habla de culpabilidad por el hecho, no se ésta poniendo el acento propiamente en ella, sino en su presupuesto, esto es, lo injusto. Se está indicando un determinado contenido de lo injusto, como base necesaria de la culpabilidad”⁵³².

Del principio del hecho se desprenden, básicamente, dos consecuencias. En primer lugar, que nadie puede ser castigado por sus pensamientos, deseos: “*cogitationes poenam nemo patitur*”. En segundo lugar, que la forma de ser del sujeto, la propia

528 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tecfotó, Barcelona, 1996, p. 95.

529 Ibid., p.97.

530 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Op. cit., pp. 270-271.

531 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 358.

532 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p.137.

personalidad de éste –abstracción hecha de su conducta- no ha de servir de fundamento a la responsabilidad criminal o a la agravación de la misma⁵³³.

El *Derecho penal es de acto* porque las normas jurídico-penales regulan la conducta intersubjetiva del hombre. No resulta aceptable la existencia de un *Derecho penal de autor* que esté dirigido a cambiar la personalidad de un grupo o de individuos mediante cualquier tipo de intromisión en su forma de ser, pensar o sentir.

El profesor colombiano, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ hace referencia a ocho atributos del Derecho penal de acto para diferenciarlo del Derecho penal de autor⁵³⁴:

“En primer lugar, el Derecho penal de acto solo impone pena a quien ha realizado culpablemente un injusto, pues el juicio de exigibilidad dirigido sobre el infractor se basa en el hecho cometido; se conforma, pues, la dupla Derecho penal de acto-culpabilidad por el acto. Por el contrario, el de autor vincula la imposición de la pena a la peligrosidad del agente y el juicio de culpabilidad se funda en que este se ha convertido en una personalidad criminal, por eso se le castiga por la forma como dirige su vida (culpabilidad por la conducción de vida).

En segundo lugar –desde luego, en íntima conexión con el postulado de culpabilidad-, para el Derecho penal de acto uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que al agente se le impone mayor o menor sanción atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad. Esta consecuencia es completamente ajena a un Derecho penal de autor, para el cual solo importa la peligrosidad del agente.

En tercer lugar, un consecuente Derecho penal de acto distingue entre hecho tentado y hecho consumado, señalándose a cada uno de ellos una punición diversa; en cambio, para el de autor ambas manifestaciones criminales deben sancionarse de la misma manera, pues solo importa “el sentimiento delictivo”.

En cuarto lugar, un Derecho penal de acto distingue con claridad entre autor del delito y partícipe (quien ha inducido a aquel a actuar, o le presta alguna colaboración o ayuda), dándoles distinto tratamiento punitivo. Para el de autor, en cambio, se equiparan ambas categorías de concurrentes en la comisión de la infracción imponiéndoles igual pena, pues aquí cuenta la ‘voluntad criminal’ y no el hecho.

En quinto lugar, un Derecho penal de acto no agrava la sanción de quien ha reiterado la comisión de hechos criminosos; en cambio el de autor castiga con mayor pena a los reincidentes pues con su actuar demuestran una personalidad con tendencias criminales que debe ser corregida.

533 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op. cit., p. 359.

534 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Op. cit., pp. 272-273.

En sexto lugar, el Derecho penal de acto no agrava la punición de los autores habituales o de la comisión profesional, pues la pena atiende al hecho cometido y no a la calidad personal del sujeto activo del mismo; por el contrario, uno de autor agrava la sanción del agente ubicado en una de esas dos categorías de delincuencia.

En séptimo lugar, el Derecho penal de acto no permite suspender la ejecución de la sentencia o de la pena impuesta por un determinado periodo de tiempo; a su turno, el de autor es perfectamente compatible con los subrogados de la condena condicional y la libertad condicional, pues ellos se fundan en la mayor o menor peligrosidad demostrada por el infractor.

En octavo lugar, un auténtico Derecho penal de acto postula la erradicación de medidas de seguridad basadas en la supuesta peligrosidad del reo, que para un Derecho penal de autor, propio de una concepción defensista del Estado, es la única explicación posible de tales consecuencias jurídicas”.

A todo esto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA refiere que el Tribunal Constitucional (español), en varias sentencias, entre las cuales destaca la sentencia de 04 de julio de 1991, se ha pronunciado, también, de forma expresa a favor de un Derecho penal “del hecho” por estimar que “no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”⁵³⁵. Incluso, “el Juez, además de comprobar los hechos abstractamente denotados por la ley como presupuestos de la pena. Debe discernir las connotaciones concretas que convierten a cada hecho en distinto de los demás, por mucho que estos pertenezcan al mismo género jurídico”⁵³⁶.

6.1.2. El principio de responsabilidad personal

El principio de responsabilidad personal prohíbe el castigo del hecho del otro. El principio de responsabilidad personal significa la exigencia de un auténtico injusto típico, de realización personal –directa o mediata- o de participación personal en un tipo de injusto. El principio de responsabilidad personal exige y presupone la autoría o la participación criminal respecto a un hecho concreto.

Hoy nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las personas jurídicas y las empresas o, alternatively, los gestores de las mismas por los hechos formalmente realizados por aquellas⁵³⁷.

El fundamento del principio de responsabilidad personal –el de naturaleza individual o personal de la responsabilidad criminal- es múltiple. Pero, en todo caso, parece obvio que desde un punto de vista preventivo general la pena sólo es necesaria,

⁵³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op. cit., p. 361

⁵³⁶ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Op. cit., p. 39.

⁵³⁷ MIR PUIG, Santiago, Op. cit., p. 97.

eficaz e idónea (con todas las implicaciones constitucionales de tal aserto) con relación a hechos propios, careciendo de sentido u justificación respecto a hechos ajenos o sucesos en cuya realización o evitación no se puede influir⁵³⁸.

6.1.3. El principio de responsabilidad subjetiva

La agravación o fundamentación de la pena por el mero resultado niega el principio de responsabilidad subjetiva. La sola relación de causalidad no basta fundamentar la imposición de una sanción penal. Es necesaria la existencia de voluntad (dolo) o imprudencia (infracción del deber objetivo de cuidado).

Tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. En el Derecho primitivo (así, especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad por el resultado”, según el cual bastaba la causación de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia⁵³⁹.

Nadie puede ser castigado, pues, sino por las consecuencias queridas (dolosas) o previsibles (imprudentes) de sus propios actos. “No se puede sancionar a una persona que no es responsable por un determinado comportamiento, por ello se trata de individualizar la pena, estableciendo el grado de participación que tuvo el agente en el delito, ya sea como autor directo, autor indirecto, coautor, instigador, cómplice primario o cómplice secundario”⁵⁴⁰. La producción objetiva de un resultado lesivo para bienes jurídicos no es suficiente, si el autor obró sin dolo o culpa. Queda descartada la punibilidad del caso fortuito. El fundamento de esta exigencia culpabilística reside en la propia función del Derecho penal: proteger bienes jurídicos a través de la amenaza del castigo, de la disuasión. Castigar la causación objetiva de resultados imprevisibles e inevitables sería inútil, innecesario e ineficaz. Un Derecho penal que pretendiera exigir responsabilidad por hechos que no dependen en absoluto de la voluntad del individuo merece ser calificado de arbitrario y disfuncional, porque precisamente entonces la pena carece de poder motivador y el castigo perdería toda justificación⁵⁴¹.

6.1.4. El principio de imputabilidad

El principio de imputación personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Es lo que sucede en el caso de los inimputables, ya sea por ser menores de edad penal, ya por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio⁵⁴². “Las necesidades inquebrantables de seguridad y tratamiento que existen con relación a los inimputables deben satisfacerse mediante medidas que se vinculen a presupuestos

538 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op. cit., p. 364.

539 MIR PUIG, Santiago, Op. cit., p. 97.

540 NOGUERA RAMOS, Ivan, Op. cit., p. 164.

541 GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Op. cit., p. 396.

542 MIR PUIG, Santiago, Op. cit., p. 98.

estrictos y que en ningún caso pueden representar penas”⁵⁴³. Pues, la culpabilidad es también elemento normativo no del autor sino del delito, del que designa, más que una connotación psicológica, una modalidad deóntica y, más aún, alética: el deber de abstenerse de realizarlo en base a la posibilidad material de su omisión o de su comisión”⁵⁴⁴.

“El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, pues sólo cuando existe la capacidad de determinarse conforme a normas jurídicas puede el autor ser responsable de haber llegado al delito en lugar de dormir sus impulsos criminales”⁵⁴⁵. Este principio puede apoyarse por de pronto, en la necesidad de que el hecho punible “pertenezca” a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una “racionalidad normal” que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable. De otro modo, en términos de Hegel, la pena no honraría al hombre como ser racional. El principio de igualdad real de los ciudadanos confirma esta exigencia de imputación personal como presupuesto de la pena. Se opondría a la igualdad imponer una pena, prevista para el que puede ser motivado normalmente por la ley penal, a personas que no gozan de dicha capacidad de motivabilidad normal. Si la llamada de la norma no puede motivarles con la eficacia normalmente prevista a causa de una inferioridad personal o situacional, no es lícito castigarles como si no poseyeran esta inferioridad⁵⁴⁶.

6.2. La imputación en el principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad visto desde la teoría de la imputación divide su contenido en las dos grandes áreas que componen el postulado teórico de esta última. La imputación objetiva agrupa tres de los cuatro principios referidos en el acápite anterior y que han sido denominados principio de responsabilidad por el hecho, principio de responsabilidad personal y principio de imputabilidad o culpabilidad en sentido estricto. De modo tal que, el principio de culpabilidad, desde la perspectiva teórica de la imputación objetiva, exige la generación de un riesgo prohibido y la materialización de las consecuencias lesivas del mismo atribuibles a un sujeto determinado y, que, en el caso que, existiesen varios intervinientes, cada uno de ellos generado o incrementado dicho riesgo y/o haya contribuido a que se concrete en el resultado lesivo. Lo contrario, significaría atribuir responsabilidad penal por un hecho atípico o ajeno.

De otro lado, la imputación subjetiva reúne al principio de responsabilidad subjetiva o principio de dolo o culpa. Lo que significa que únicamente puede existir responsabilidad penal cuando las acciones o los resultados producidos e imputables objetivamente han sido efectivamente queridos por el sujeto; o en todo caso, consecuencias de la infracción de un deber objetivo de cuidado exigible a cualquier

543 ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio, Ed. Fondo de desarrollo editorial, Lima, 2000, p. 56.

544 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Op. cit., p. 499.

545 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 381.

546 MIR PUIG, Santiago, Op. cit., p. 98.

ciudadano promedio, cuya aparición resultaba previsible, advirtiéndose, por tanto, en ellos una negligencia, típica e imputable.

6.2.1. Imputación objetiva

El principio de imputación objetiva exige que una conducta o un resultado sean imputables objetivamente a quien los realiza. Sólo mediante la imputación objetiva podemos afirmar que tal o cual conducta es típica, ya que para determinar que una acción determinando ha realizado todos y cada uno de los elementos del tipo es necesario una valoración o interpretación normativa que recibe el nombre de imputación objetiva, pues, la mera realización naturalística, fáctica o causal es inaceptable dentro de un Derecho penal actual. “La realización de la parte objetiva del tipo no se satisface con la concurrencia de los aspectos objetivos de la acción, del sujeto activo, del resultado naturalístico y la lesión del bien jurídico; se requiere, además, de un elemento que permita afirmar que dicho ataque al bien jurídico es objetivamente imputable al autor del comportamiento típico”⁵⁴⁷.

No existe valoración neutra de la conducta. La valoración es normativa lo que significa que se ha realizado un elemento del tipo únicamente cuando en cada caso particular de acción, se ha vulnerado lo que la norma efectivamente protege. Toda acción no resulta prohibida. La mayoría de comportamientos están fuera del objeto de protección de la norma. Una persona únicamente realiza una acción penalmente relevante cuando mediante la misma verifica cada uno de los elementos del tipo penal creando o generando un riesgo prohibido. Lo cual nos remite a reflexionar sobre las conductas humanas dentro del ámbito de las normas, como barómetros de lo permitido y no permitido.

La acción que realice causalmente un elemento del tipo sin generar o crear un riesgo prohibido no realiza tipo penal alguno. De allí que para verificar si efectivamente estamos ante un riesgo prohibido o permitido sea necesario verificar si la acción ejecutada, en el peor de los casos, estaba permitida o prohibida según criterios de adecuación normativa o, incluso, social. “El fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conductas derivadas del papel social que desempeña”⁵⁴⁸. Igualmente, la responsabilidad penal subsistirá siempre que la acción no se encuentre amparada por el principio de confianza o consista en una conducta neutral o que el resultado producido por la misma sea causa de la autoexposición a peligro de la propia víctima. La imputación objetiva es la interpretación normativa de un tipo penal.

Un análisis de la conducta a la luz de la imputación objetiva resulta indispensable para determinar si estamos frente a una conducta típica. O sea, si la acción incriminada resulta subsumible dentro de la tipicidad objetiva de un tipo penal. Al hombre no le basta actuar para que se haga acreedor a una sanción jurídico-penal, es necesario que dicha acción haya de manera efectiva provocado el resultado, para lo cual hay que comprobar una relación de causalidad según las leyes naturales y la creación de un riesgo típicamente desaprobado que se concrete en la lesión a un bien

⁵⁴⁷ GUNTER, Jakobs, CANCIO MELIÁ, Op. cit., p. 62.

⁵⁴⁸ ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; Op. cit., p. 42.

jurídico. Tenemos así que no basta la verificación de una conducta para que la persona comparezca ante el escenario de la justicia criminal, dado que resulta indispensable que dicha acción sea idónea para generar el resultado según las leyes científicas y de la experiencia, y que se corresponda con criterios normativos (ámbito de protección de la norma, creación de un riesgo, incremento de un peligro, etc.) de tal manera que el evento producido pueda imputarse a una acción⁵⁴⁹.

6.2.2. Imputación subjetiva

La configuración de un hecho delictivo también exige verificar el principio de responsabilidad subjetiva, esto es, que el sujeto haya actuado con dolo o con culpa (tipicidad subjetiva). De lo contrario, estaremos frente a un resultado lesivo que no es producto de una voluntad humana; sino de consecuencias ajenas a la misma, tales como un cataclismo, o un rayo. Por lo que en estos casos no habrá autor penalmente responsable del la acción o resultado lesivo.

El dolo y la culpa constituyen las únicas formas de imputación subjetiva sobre las que puede legitimarse la imposición de una pena. La sanción penal evidentemente permite la vulneración de los derechos fundamentales más inherente del hombre, por ello resulta absolutamente necesario advertir la existencia de un desvalor interno en la conducta, ya sea que consista en el dolo o en la culpa.

Por otro lado, el principio de igualdad, que consagra un tratamiento semejante para los iguales y un tratamiento desigual para los no iguales, exige determinar una mayor responsabilidad penal para aquel que ha cometido un delito con dolo que para aquel que actuó con culpa. Por ello, los delitos dolosos deben tener un mayor reproche penal que los delitos culposos. El principio de proporcionalidad, como veremos más adelante, es la fuente directa de esta concepción.

Sin embargo, desde una perspectiva de prevención general, advertimos que es más fácil evitar la comisión de delitos realizados con dolo que con culpa. La prevención de delitos dolosos requiere anticiparse a la realización de acciones totalmente conocidas. En cambio, en los delitos culposos dado que se infringe un deber objetivo de cuidado, las conductas que se realizan bajo esta modalidad no pueden ser plenamente pronosticadas.

En definitiva, si el Derecho penal es un instrumento de control social que mediante el mensaje normativo, judicial y de ejecución penal, busca prevenir que la voluntad humana se exteriorice como acto delictivo, no resulta coherente atribuir responsabilidad penal por todas las consecuencias de nuestros actos, independientemente de lo que realmente se quiso hacer. La responsabilidad objetiva está proscrita, porque no se puede imponer una pena a una persona por acciones o resultados que le son incontrolables.

6.3. Los efectos del principio de culpabilidad

⁵⁴⁹ CASTILLO ALVA José Luis, Principio de Hecho propio -proscripción de responsabilidad objetiva; en AAVV., Código Penal Comentado, Op. cit, p. 190.

6.3.1. Efecto directo: La proscripción de la responsabilidad objetiva

La primera consecuencia directa del principio de culpabilidad es la proscripción de responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva consiste en el reproche por la mera realización de un hecho. Por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual la responsabilidad objetiva es pacíficamente aceptada. El conductor de un vehículo que atropella a un transeúnte causándole un daño, está obligado a indemnizarlo. Igualmente, lo está el propietario de dicho vehículo, a pesar de no haber tenido intervención alguna en los hechos. No se analizará si existe dolo (civil) o culpa (civil) por parte del chofer. Esta realidad de modo tangencial se aprecia en el campo penal cuando analizamos la reparación civil proveniente de un delito y la figura del tercero civilmente responsable.

El principio de responsabilidad objetiva se rige por la idea de que todo daño debe ser reparado. En tal sentido, la responsabilidad objetiva no exige culpa entre el hecho dañoso y la víctima. Sino que únicamente basta la producción del daño, esto es: el hecho. Por lo que aún cuando el causante del acto no sea culpable, la responsabilidad existe. Naturalmente, el único criterio que debe cumplir el criterio de la responsabilidad objetiva es que exista un nexo causal entre el acto no culpable y el daño. Por ejemplo, el caso fortuito, o el hecho de un tercero extraño, cortan el nexo causal, y esas circunstancias siempre liberan de responsabilidad; en cambio el sujeto no puede demostrar -cuando la cosa es riesgosa- que de su parte no ha habido responsabilidad y que el daño es producto del propio riesgo inherente a la actividad, ya que allí surge la responsabilidad objetiva.

La responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgos, en ámbitos como el Derecho civil, es vista como un producto natural de la sociedad moderna. Es consecuencia, de una visión que asume que quien se beneficia con la introducción de una actividad riesgosa debe tener la responsabilidad de soportar los costos que mediante la misma se ocasionan. De allí que el propietario de una compañía aérea deba reparar el daño que se produce con la caída de uno de los aviones, traducidos en consecuencias tales, como muertes, lesiones o daños a la propiedad. La razón medular de esta lógica estriba en que dentro de la sociedad, la compañía aérea se encuentra en una mejor posición para evitar el resultado con la actividad riesgosa que puede producirse. Precisamente, porque la introducción de la actividad genera un beneficio a la empresa, su correlato consiste en asumir el costo que el mismo pueda producir, ya sea previniendo su realización o asumiendo el daño económico ocasionado.

Esto es acertado dentro de una lógica que busca distribuir el costo de los riesgos de una actividad según los beneficios que la misma produce en materia que resulta económicamente calculable. El daño material, el lucro cesante, el daño moral o, inclusive, el discutido concepto del “daño al proyecto de vida”, según el ordenamiento jurídico, se traducen en dinero. En la reparación civil lo que importa es lo pecuniario. Justamente lo pecuniario puede ser distribuido, según normas de cálculos económicos de costo y beneficio, en una sociedad. Sin embargo, en materia penal donde lo importante es el ejercicio del *ius puniendi* -traducido la aplicación de

la pena no puede distribuirse la privación, restricción o limitación de derechos fundamentales bajo el mismo barómetro.

En el Derecho penal, la simple acción u omisión no hace responsable al agente. La legitimidad de aplicar un reproche tan duro como lo es la sanción penal exige la existencia de una responsabilidad personal en el agente respecto a su conducta. La responsabilidad personal, necesariamente exige la responsabilidad subjetiva, esto es, la necesidad de examinar si en verdad la persona tenía el conocimiento y la intención, de infringir la ley, esto es, establecer en qué dirección estaba orientada su voluntad al momento de realizar la acción reprochada, o de omitir el comportamiento exigido.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil donde la característica esencial en los casos de responsabilidad objetiva es la inversión de la carga de la prueba, pues se exonera al perjudicado de la prueba de la culpa o del dolo del perjudicante -basta con probar el daño y el nexo de causalidad entre el acto y el daño- en el ámbito penal es necesario fijar una responsabilidad personal del sujeto que se deriva de lo que se han denominado principio de hecho propio y principio de responsabilidad subjetiva contruidos a su vez a partir de los derechos fundamentales a la vida y al libre desarrollo y bienestar cuyo eje se encuentra en el principio-derecho de dignidad de la persona humana consagrado en el Art. 1 Co, según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad humana⁵⁵⁰.

Justamente, una forma de responsabilidad objetiva subsistente en algunas codificaciones penales es el delito calificado o cualificado por el resultado, en virtud del cual se imputa al agente la consecuencia sobreviviente más grave así no haya sido querida ni prevista por él; como sucedería, por ejemplo, si a quien lesiona a una mujer ignorando su estado de embarazo, a causa de lo cual se produce un aborto, se le castiga por ambos hechos a título de dolo⁵⁵¹.

6.3.2. Efectos indirectos

A su vez, la proscripción de la responsabilidad objetiva determina las siguientes consecuencias:

- a) El delito exige una conducta humana quedando fuera todo tipo de responsabilidad por el mero pensamiento que no es exteriorizado a través de una conducta. Sin conducta no hay delito.
- b) El fundamento de la responsabilidad penal no reside en el carácter del autor, ni tampoco en la forma como se comporta en su vida cotidiana, sino en base a la realización de un concreto acto que le es imputable objetiva y

550 BACIGALUPO Enrique, Principios de Derecho Penal. Parte General, Op. cit., p 108.

551 VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando, Op. cit., p. 284.

subjetivamente. El Derecho penal es un derecho de acto, no un derecho de autor.

- c) Nadie puede responder por hechos que aunque lesionen bienes jurídicos se encuentren tolerados normativamente o socialmente. Tampoco puede existir responsabilidad penal cuando dentro de un grupo de personas algunas han intervenido realizando el tipo penal y otras no. Es necesario que la imputación objetiva determine que cada uno de los intervinientes ha realizado el tipo penal. Incluso debe reconocerse el error sobre los hechos.
- d) No es admisible la responsabilidad por el mero resultado, sin dolo o imprudencia. Es imprescindible que el delito sea imputable subjetivamente a la persona que lo realiza.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “Estos no sólo aceptan dedicarse a la ilícita actividad de elaboración de pasta básica de cocaína, sino que también afirman que su co-procesado Grimaldo Andía Carrera no tenía conocimiento que la droga estaba destinada para el tráfico ilícito, puesto que su presencia en el lugar de los hechos se debe a que había sido contratado días antes de la intervención para recoger hoja de coca para ser vendida a Enaco (...) Quinto.- Que, consecuentemente de autos fluye que no existe elemento probatorio válido e idóneo que acredite fehacientemente que el encausado Grimaldino Andía Carrera le alcance responsabilidad penal en el hecho imputado; que el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal constituye principio rector del derecho, penal, por el cual la pena requiere indefectiblemente de la responsabilidad penal del autor, quedando proscrita toda forma de responsabilidad penal objetiva o por el resultado, por lo que debe modificarse en tal virtud. (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de fecha 03.07.2002. R.N. N° 2378-2001- Ayacucho- considerandos 4 y 5).
- 2) “Segundo.- [El Fiscal Superior refiere respecto al imputado que éste] ha pretendido negar los hechos, argumentando desconocer cómo operan las organizaciones terroristas; toda vez que en su condición de licenciados de las Fuerzas Armadas del Perú tendría conocimiento como se organiza el grupo subversivo Sendero Luminoso y la forma de operar de la aludida organización (...) Tercero.- Que de las pruebas actuadas durante el proceso, tal como han sido expuestas y analizadas en la resolución materia de vista, no es posible acreditar la responsabilidad penal del acusado, quien a lo largo de todo el trámite ha negado ser miembro del grupo terrorista Sendero Luminoso, resultando insuficiente para sustentar una sentencia condenatoria el hecho que los procesados hayan redactado dos cartas con símbolos terroristas donde amenazaban de muerte al agraviado si no les hacía entrega del dinero solicitado, en razón que las citadas cartas sólo fueron instrumentos para la perpetración del delito de extorsión más no de terrorismo, evidenciándose mas bien que los procesados pretendieron simular que las cartas eran de Sendero Luminoso, con el objeto de lograr el citado delito, por

lo que su conducta no se adecua al presupuesto del delito de terrorismo al no haberse demostrado con certeza el vínculo de los procesados con el mencionado grupo subversivo: Máxime si a través de las citadas cartas no se ha provocado zozobra en la población o aun sector de ella, no pudiendo aplicarse analogía alguna en el hecho de haberse provocado zozobra en el agraviado (...) y su entorno familiar, ya que la norma es taxativa y no admite analogía in faz negativa; por otro lado, en lo que respecta a que el procesado haya pertenecido a las fuerzas armadas del Perú, es de recordarse que nuestro sistema penal no admite la aplicación de la imputación [responsabilidad] objetiva”. (Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria de fecha 26.10.2005. R.N. N° 1823-2005 – Huancavelica - considerandos 2 y 3).

- 3) “Sexto. La primera parte del inciso 6 del artículo 297° del Código Penal, modificado por la Ley 28002, del diecisiete de junio del dos mil tres, conmina con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, cuando el delito de tráfico ilícito de drogas es cometido por tres o mas personas (...). Séptimo. El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad –por su carácter agravado- a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que: a) La sola existencia o concurrencia, sin mas, de una pluralidad de agentes (tres o mas) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del artículo 297°.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código Penal). b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o mas agentes de tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6 del artículo 297° del Código Penal”. (Acuerdo Plenario N° 3-2005/CJ-116 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia –fundamentos jurídico 6 y 7, publicado en el Diario Oficial El Peruano en fecha 26.11.2005. -el fundamento 7 constituye precedente vinculante para la interpretación del artículo 297°.6 del Código Penal en virtud del Acuerdo citado)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de culpabilidad está contenido en el apotegma *nulla poena sine culpa* o *nulla actio sine culpa*. El apotegma de culpa *nullum pena sine culpa* (no hay pena sin culpabilidad) enseña que en un Estado de Derecho, solamente se justifica la pena impuesta a un sujeto cuando se comprueba en grado de certeza que el supuesto de hecho tipificado en la ley como delito puede ser imputado a quien lo ha realizado.

2. El principio de culpabilidad indirectamente determina también que la sanción penal se encuentre condicionada al grado de responsabilidad de la persona por la comisión de un hecho delictivo (*principio de proporcionalidad*).
3. El principio de culpabilidad no está expresamente recogido en el texto de la Constitución Política del Estado de 1993. No obstante, la existencia del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, del contenido del principio de legalidad penal, consagrado en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993. La segunda fuente del principio de culpabilidad se encuentra en la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de las penas. La tercera fuente del principio de culpabilidad consiste en el principio de dignidad de la persona humana.
4. El término “culpabilidad” ha recibido numerosas acepciones que evocan diversos significados de diferente naturaleza. El término culpabilidad es utilizado para referir lo contrapuesto al concepto de inocencia. También, la culpabilidad es reconocida como la categoría dogmática que fundamenta la imposición de una pena y que integra la teoría del delito (nivel de la culpabilidad). Otra acepción, lo equipara a responsabilidad subjetiva, que proscribe la responsabilidad objetiva por el resultado y solo admite el dolo y la imprudencia.
5. Dentro del principio de culpabilidad, las dos exigencias impuestas al ejercicio sancionatorio del Estado consisten, por un lado, en la realización de un hecho penalmente relevante, esto es, que sea, imputable objetivamente a su autor o partícipe, y que, al mismo tiempo, le resulte imputable subjetivamente, esto significa que haya existido dolo o culpa. Por otro lado, el principio de culpabilidad abarca también la exigencia de culpabilidad del autor, lo que quiere decir que el autor no solo debe haber actuado dolosa o culposamente, sino que resulta necesario que reúna los elementos indispensables para poder imponérsele una sanción penal, esto es, que el sujeto sea imputable.
6. El principio de culpabilidad es un principio limitador del *ius puniendi* que se compone de cuatro subprincipios: (i) el principio de responsabilidad por el hecho, (ii) el principio de responsabilidad personal, (iii) el principio de responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) y (iv) el principio de imputabilidad o culpabilidad en sentido estricto. El principio del hecho o principio del acto significa que solo los comportamientos exteriorizados susceptibles de percepción sensorial pueden generar responsabilidad penal. El principio de responsabilidad personal prohíbe el castigo del hecho del otro. El principio de responsabilidad personal exige y presupone la autoría o la participación criminal respecto a un hecho concreto. El principio de responsabilidad subjetiva proscribe la agravación o fundamentación de la pena por el mero resultado o la sola relación de causalidad. Es necesaria la existencia de voluntad (dolo) o imprudencia (infracción del deber objetivo de cuidado). El principio de imputación personal impide castigar con una pena al autor de un hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida.

7. El principio de culpabilidad visto desde la teoría de la imputación divide su contenido en las dos grandes áreas que componen el postulado teórico de esta última. El principio de culpabilidad, desde la perspectiva teórica de la imputación objetiva, exige la generación de un riesgo prohibido y la materialización de las consecuencias lesivas del mismo atribuibles a un sujeto determinado y, que, en el caso que, existiesen varios intervinientes, cada uno de ellos generado o incrementado dicho riesgo y/o haya contribuido a que se concrete en el resultado lesivo. La imputación subjetiva reúne al principio de responsabilidad subjetiva o principio de dolo o culpa. Lo que significa que únicamente puede existir responsabilidad penal cuando las acciones o los resultados producidos e imputables objetivamente han sido efectivamente queridos por el sujeto; o en todo caso, consecuencias de la infracción de un deber objetivo de cuidado.

§ 9. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina emplea el principio de proporcionalidad en el sentido de límite de las medidas de seguridad y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Sin embargo, la idea de proporcionalidad es necesaria para limitar las medidas y para graduar las penas, por lo que se ha constituido en un principio general del Derecho penal⁵⁵². La segunda cara del principio de culpabilidad recibe la denominación de principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso.

El principio de proporcionalidad de la pena sólo pudo afirmarse en la época de la Ilustración, cuando llegaron a madurar todos los demás presupuestos del derecho penal moderno: la legalidad, la certeza, la igualdad y, sobre todo, la mensurabilidad y la calculabilidad de las penas⁵⁵³. El principio de proporcionalidad está muy lejos de ser una reminiscencia del talión, a manera de devolución del mal equivalente o idéntico en sentido físico muerte con muerte, lesión con lesión, por el contrario implica una valoración o proporción ideal entre el daño del delito y los bienes jurídicos que la pena priva⁵⁵⁴.

El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso consiste en la exigencia de realizar un juicio de individualización y ponderación de la pena en función al grado de responsabilidad del hecho realizado y al resultado lesivo que se ha materializado como producto del mismo. Mientras que el principio de culpabilidad constituye el presupuesto por excelencia para la aplicación general de toda pena o medida restrictiva de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad es el presupuesto para la imposición individualizada y concreta de la pena.

552 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A., Op. cit., p. 138.

553 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Op. cit., p. 398.

554 CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Op. cit., p. 282.

La importancia de este principio radica en que jerarquiza las lesiones y establece un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado⁵⁵⁵. Ello ha sido posible porque el concepto de la “voluntad de autor”, utilizado como aparente criterio de distinción, pero como realidad psíquica no existe realmente, se aplica en la *Praxis* de tal modo que se determina en base a una valoración inmediata quién merece la pena del autor y quien la más atenuada del cómplice; según el resultado de esta decisión se afirma o se niega luego la voluntad de autor⁵⁵⁶.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo VIII.- “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”^{557 558}.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

No regula sobre el particular

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

Art. 3.- Principios de las sanciones penales: La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Código Penal de Costa Rica

555 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p.117.

556 ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit, pp. 30-31.

557 El texto original del Artículo VIII.- “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes” –antes de la modificación introducida por la Ley 28730 de 13 de mayo de 2006 (artículo 1).

558 Artículo VIII –Anteproyecto de 2004.- “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La determinación legal y la individualización de la pena atenderán a la importancia de los bienes jurídicos protegidos así como el grado de su afectación.

La pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principio de proporcionalidad, protección a la víctima, humanidad y necesidad.

Artículo VIII –Anteproyecto de 2009.- “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La determinación legal y judicial de la pena atenderá a la importancia de los bienes jurídicos protegidos, así como al grado de su afectación”.

No regula sobre el particular

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

Artículo 5.- Principio De Necesidad: Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

Código Penal de España

Artículo 4.-

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular

Código Penal de Haití

Art. 2.- Toute tentative de crime qui aura été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme crime, et sera punie de la réclusion dont la durée sera proportionnée à la gravité du cas.

Código Penal de Honduras

Artículo 2.-D.- Las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarios y en forma proporcional a la gravedad del hecho realizado.

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Artículo 8.- Principios de responsabilidad personal y de humanidad: La persona sólo responde por los hechos propios. La pena no trasciende de la persona del condenado.

No se impondrá pena o pena que, aisladamente o en conjunto, duren más de treinta años.

Esta regla es aplicable también a las medidas de seguridad.

Código Penal de Panamá

Art. 6.- La imposición de las penas y las medidas de seguridad responderá a los postulados básicos consagrados en este código y a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

Art. 4.- Principios de la sanción penal: La pena o la medida de seguridad que se imponga será: proporcional a la gravedad del hecho delictivo, necesaria y adecuada para

lograr los propósitos consignados en este Código y no podrá atentar contra la dignidad humana.

En ningún caso podrá imponerse una medida de seguridad si no es como consecuencia de una acción u omisión descrita como delito por la ley penal.

En ningún caso podrá imponerse medida de seguridad si no es como consecuencia de un hecho descrito como delito en la ley penal, ni por tiempo superior al que le hubiere correspondido al sujeto como pena por el hecho cometido. A tal efecto el tribunal establecerá en la sentencia, razonablemente, el límite máximo de duración.

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

Artículo 4. (De la concausa) No se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever. La que se ha podido prever y no se ha prevista, será tomada en cuenta por el Juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso, y lo dispuesto en el artículo 18.

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de proporcionalidad está consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Ley Fundamental de 1993, que prevé: “Son garantías constitucionales (...) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”⁵⁵⁹. En realidad, el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad forman una sola unidad⁵⁶⁰. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC N° Exp. N.° 0090-2004-AA/TC – Lima, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, de fecha 05 de julio de 2004, ha sostenido que: “(...) La razonabilidad implica que el acto estatal debe

⁵⁵⁹ El Tribunal Constitucional ha precisado que: “El Principio de Proporcionalidad, configurado en nuestra Constitución en sus artículos 3°, 43° y 200° último párrafo (FJ 5)” en: STC Exp. N° 3567-2005-AA/TC-Huaura, Caso Hugo Demetrio Celino Perales, de fecha 16 de noviembre de 2005.

⁵⁶⁰ Cfr. STC Exp. N° 045-2004-PI/TC – Lima, Acción de inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Cono Norte contra modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 29 de octubre de 2005.

mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran (...) La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella (...) en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental) (FJ .35)”

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC N° Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Lima, (Pleno) Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003, ha señalado que: “El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona (FJ 195). Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena (FJ 196) (...) En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...) (FJ 197)”⁵⁶¹.

El fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 43 de la Constitución de 1993, que establece: “La República del Perú es democrática, social, independiente

561 “El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución (FJ 198). Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma (FJ 199)”: en: STC N° Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Lima, (Pleno) Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003.

y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes”. En similar sentido, la Carta Política de 1979 -que inspiró la elaboración del Código Penal de 1991-, en su artículo 79 estableció: “El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”. En la STC N° Exp. N.º 0090-2004-AA/TC – Lima, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, de fecha 05 de julio de 2004, el Tribunal Constitucional expuso que: “La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso (...) Una decisión arbitraria, contraria a la razón (...) es esencialmente antijurídica (...) De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (FJ 12)⁵⁶²”.

Es por ello que, el principio de proporcionalidad es conocido también como “principio de prohibición de exceso” e incluye tácitamente al principio de lesividad. El principio de proporcionalidad como garantía que limita la intervención restrictiva de los Poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos contiene tres subprincipios: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Así, como refiere BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: “en primer lugar, el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporta la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo conocemos respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima⁵⁶³. En segundo lugar, el principio de adecuación requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan. En tercer y último lugar, el principio de proporcionalidad en sentido estricto requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derecho que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión”⁵⁶⁴.

En la STC N° 0014-2006-PI/TC, (Pleno Jurisdiccional), Caso acción de inconstitucionalidad contra la reincorporación de la reincidencia y habitualidad en el Código Penal, de fecha 19 de enero de 2007, el Tribunal Constitucional respecto al

562 “El concepto de arbitrario aparece tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica” (FJ 12); En STC N° Exp. N.º 0090-2004-AA/TC – Lima, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, de fecha 05 de julio de 2004.

563 Vid supra nuestros comentarios acerca de la fuente constitucional del principio de lesividad.

564 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Lecciones de Derecho penal, Parte General, Ed. Praxis S.A., Barcelona, 1999, pp.55-56. Así, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.º 045-2004-PI/TC – Lima, Acción de inconstitucionalidad del Colegio de Abogados del Cono Norte contra modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, de fecha 29 de octubre de 2005, ha sostenido que: “el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como “prohibición de exceso” (Untermaßverbot), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (FJ 27)”.

origen del principio de proporcionalidad ha referido que: “(...) en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo (FJ 34)”. El principio del Estado social y democrático de Derecho propugna una sociedad justa en todos los ámbitos de la misma, incluyendo al brazo a cargo del *ius puniendi*, el cual sólo se justifica y no se considera arbitrario cuando se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Carta Política de 1993, cuyos alcances presuponen intrínsecamente el principio de lesividad y, a su vez, son la cara reversa del principio de culpabilidad.

V. CONCEPTO

El principio de proporcionalidad constituye la garantía fundamental para determinar que toda decisión sea racional y justa, evitando el exceso o la arbitrariedad. Pues como afirma ROXIN: “La pena debe ser justa, y ello presupone que debe corresponder en su duración y dureza a la gravedad del crimen”⁵⁶⁵. “El principio de proporcionalidad en sentido general, significa modular la sanción punitiva, tomando en referencia el grado de afectación producido en el bien jurídico, no sólo desde un aspecto material (antijurídico), sino también desde la esfera interna del agente (dolo o culpa)”⁵⁶⁶.

“La proporcionalidad se guía por ideas genuinamente valorativas de merecimiento de pena y obedece al elemento principio que a” delitos graves penas graves y a delitos leves penas leves” y la prohibición de exceso reposa en criterios de eficacia (coste – beneficio) y de necesidad de pena; haciendo eco del principio “el máximo de beneficio con el mínimo costo”⁵⁶⁷. La misma comprende tres subprincipios: (i) idoneidad o de adecuación; (ii) necesidad; y (iii) proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a fin que, en el plano de los hechos, se verifique que la opción adoptada es la posibilidad menos lesiva para los derechos fundamentales que se encuentran en juego con la aplicación de una pena o una medida restrictiva de derechos.

El principio de proporcionalidad lleva de modo intrínseco la aplicación del principio de razonabilidad, como mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad o lógica y que no sean arbitrarias. Es la garantía que impide que toda medida que restrinja derechos fundamentales sea

565 ROXIN, Claus, *Iniciación al derecho penal de hoy*, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 137.

566 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 157.

567 CASTILLO ALVA, José Luis, *Principios de derecho penal parte general*, Op. cit., pp. 289-290.

ilimitada, absolutamente abierta o desproporcionada, porque exige que la misma se encuentre justificada. La justificación de tales medidas existe únicamente cuando se persigue la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales. En tal sentido, el Supremo Interprete de la Constitución ha reconocido en el principio de proporcionalidad una garantía de prohibición de o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de una disposición restrictiva de derechos fundamentales⁵⁶⁸.

El graduar el reproche penal según la responsabilidad de una persona en la comisión de un delito evidencia la función de garantía que cumple el principio de proporcionalidad dentro del sistema penal. Este principio es también conocido como el principio de prohibición de exceso porque el mismo se instituye como el resguardo que tiene toda persona frente a las intervenciones o restricciones que vulneren excesivamente sus derechos fundamentales. De modo que, “no puede imponerse una medida de seguridad y corrección, si la misma no muestra proporción con el significado de los hechos cometidos por el autor y que es de esperar que cometa, así como con el grado del peligro que de él provenga”⁵⁶⁹, ya que sólo se debe imponer la pena en función al grado determinado de culpabilidad por el hecho y cuando sea necesario para la reinserción social del delincuente o para la protección de bienes jurídicos”⁵⁷⁰.

VI. CONTENIDO

El principio de proporcionalidad plantea dos exigencias que consisten, la primera, en que la pena sea proporcional al delito cometido y, en segundo lugar, que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su “nocividad social”). Un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico.

A efectos de determinar cuando una medida restrictiva de derechos fundamentales colisiona con el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, el Tribunal Constitucional ha determinado que deben ser empleados los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el *test de proporcionalidad* para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N.º 0016-2002-AI/TC, N.º 0008-2003-AI/TC, N.º 0018-2003-AI/TC, entre otras). En ese sentido, de acuerdo a los presupuestos desarrollados en la STC N.º 0048-2004-AI/TC (regalías mineras), dicho *test* se desarrolla a través de tres subprincipios: de idoneidad o de adecuación; de necesidad y de proporcionalidad en *stricto sensu*. Criterios que el máximo intérprete de la Constitución ha utilizado de modo uniforme hasta la fecha y, en particular, que fueron también utilizados en la STC N.º 0014-2006-PI/TC, en donde se declaró infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra la legislación que incorporó las figuras de la reincidencia y la habitualidad a nuestro ordenamiento jurídico, a la cual nos referiremos al final de

568 STC. N.º 0014-2006-PI/TC.

569 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Baldó Lavilla, Francisco; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General, Segunda Edición, JB Ediciones, Barcelona, 1997, p. 85.

570 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Op. cit., p. 68.

esté capítulo.

6.1.1. El subprincipio de idoneidad

El subprincipio de idoneidad exige que la ley penal, dado que interviene el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante. La idoneidad significa un objetivo constitucionalmente válido a través de una mediada adecuada para conseguirlo. Ej. La posesión sobre los bienes muebles se protege a través de la pena impuesta al delito de hurto.

6.1.2. El subprincipio de necesidad

La intervención del legislador en los derechos fundamentales a través de la legislación penal a de ser necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo. La aplicación de una pena de multa no parece ser suficiente para conseguir los efectos preventivos de la pena privativa de libertad frente al delito de hurto resultando por ello necesaria la aplicación de la misma.

6.1.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

El subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. De allí que el Tribunal Constitucional, citando a Zaffaroni, sostenga: “dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico⁵⁷¹. El goce del derecho de posesión como parte integrante del derecho a la propiedad y sus efectos en el desarrollo de la libre personalidad del individuo son al menos equivalentes a la restricción de la libertad que sufre la persona que sustrae y se apodera de algo ajeno. La pena está en función a la gravedad del hecho como a la lesión ocasionada con el mismo.

6.2. Efectos del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad de las penas tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la

571 STC. N° 0014-2006-PI/TC.

determinación administrativa-penitenciaria de la pena (STC. N° 0010-2002-AI/TC), (STC. N° 0014-2006-PI/TC), entre otras. El principio de proporcionalidad opera en dos ámbitos: uno abstracto y otro concreto.

La proporcionalidad abstracta está referida al momento legislativo en el cual se tipifican, mediante normas penales, conductas típicas y se asignan las penas que corresponden a cada una de ellas. Mientras que la proporcionalidad concreta se presenta dentro de la propia actividad judicial en referencia al hecho, en particular, que una determinada persona ha realizado y que es objeto de una condena dentro de un proceso penal.

a) La proporcionalidad abstracta

En la proporcionalidad abstracta, los principios limitadores del *ius puniendi* juegan un papel muy importante porque constituyen el filtro para determinar qué conductas deben ser calificadas como delitos y cuáles no; en particular el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Una vez establecida la legitimación de calificar una conducta como punible corresponde determinar en aplicación del principio de proporcionalidad el tipo de pena y la cantidad de la misma en función al hecho calificado en el tipo penal y al daño que el mismo potencialmente es posible de causar.

De modo que, el principio de proporcionalidad abstracta obliga a que el establecimiento del tipo de la pena y la cantidad de la misma dependa necesariamente del bien jurídico protegido penalmente. Las penas más graves corresponderán a los bienes jurídicos más importantes, como la vida o la integridad; pero la modalidad en las que se ataca un bien jurídico también resulta relevante para el establecimiento de la pena aplicable, porque la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido como expectativa social garantizada por el ordenamiento, se aprecia no solamente cuantitativamente, en función al bien jurídico ensimismo, vida, propiedad, administración pública, etc. sino también cualitativamente, según la forma en la que se ejecuta el ataque, por ejemplo, matar con gran crueldad o acceder carnalmente con alevosía. De conformidad con el principio de legalidad se exige que la proporcionalidad abstracta se materialice en el establecimiento de un límite máximo y mínimo de la pena.

“La proporcionalidad dice relación con el daño inferido al bien jurídico mismo y con la trascendencia social del hecho (daño social); el derecho penal tiene un perfil motivador formador de conciencia social, que sufre notorio desmedro con la ejecución del delito”⁵⁷². El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo⁵⁷³.

572 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., pp.156-157.

573 STC. N° 0014-2006-PI/TC.

“En materia de penas presupone que éstas deben estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado, esto es, no toda afectación a un bien jurídico ha de suponer una pena privativa de libertad”⁵⁷⁴. “La inobservancia de este precepto podría constituir un atentado contra la persona humana, ya que traería como consecuencia la posibilidad de imponer sanciones o medidas de seguridad marcadamente desmedidas o abusivas”⁵⁷⁵. En tal sentido el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas donde superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados.

b) La proporcionalidad concreta

En la proporcionalidad concreta, los criterios para decidir la pena a imponerse en cada caso, en particular, se aplican dentro de los marcos mínimos y máximos establecidos por la ley. Los mismos se encuentran previstos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 48, 49, 50 y 51 del Código Penal que permiten la individualización de la pena. La mayoría de estos criterios responden a la reprobabilidad del hecho concreto que puede formularse contra el autor o partícipe del mismo, en cuanto los mismos no sean específicamente constitutivos del hecho punible o modificatorios de la responsabilidad por constituir criterios específicamente señalados en la legislación penal.

Cabe señalar que los artículos 46-A, 46-B y 46-C del Código Penal modifican el marco abstracto de la pena por factores referidos a la persona del inculpaado (Derecho penal de autor) y no a la conducta o el hecho incriminado (Derecho penal de acto), lo cual nos parece inconstitucional, a ellos nos referiremos en detalle cuando analicemos la STC N° N° 0014-2006-PI/TC, al final de este capítulo.

A diferencia de la proporcionalidad abstracta, expresada en la ley penal, que fija los límites máximos y mínimos según la gravedad de la conducta objetivamente analizada, esto es, cuando la misma únicamente se encuentran en la mente del legislador; la proporcionalidad concreta se expresa en la sentencia condenatoria, esto es, cuando el juzgador tiene al frente a la realidad delictiva, cuyo esbozo, tan sólo pudo ser imaginado por el creador de la ley. Únicamente teniendo la realidad al frente puede estarse en condiciones de verificar el grado de responsabilidad de un sujeto por el hecho realizado.

El principio de proporcionalidad en esta fase puede significar tanto la reducción de la pena concreta como la elevación de la misma. Es congruente con el principio de proporcionalidad encontrar mayor responsabilidad en la conducta dolosa que en la imprudente⁵⁷⁶, en la consumación que en la tentativa⁵⁷⁷, en la autoría que en la participación⁵⁷⁸. Por lo que aún así se prescriba que en la instigación o en la complicidad primaria, el partícipe será reprimido con la pena que corresponda al

574 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p.138.

575 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p.163.

576 Artículo 12 del Código Penal.

577 Artículo 16 del Código Penal.

578 Artículos 23, 24 y 25 del Código Penal.

autor; o aún así no se estableciese que al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena o que en la tentativa el Juez reprimirá la conducta disminuyendo prudencialmente la pena, en aplicación del principio de proporcionalidad, el juzgador está obligado a hacerlo. Este mismo respeto por el principio de proporcionalidad debe ser asumido por el Fiscal al momento de pedir una pena en su acusación.

“La pena nunca se puede imponer sin culpabilidad ni superar su medida. Pero, concurriendo la culpabilidad, tampoco puede imponerse nunca si no hay necesidad de castigo por razones preventivas”⁵⁷⁹. No obstante, “el juez en algún caso [puede] imponer una pena superior o inferior al margen de libertad que permite la culpabilidad, cuando le parezca conveniente desde el punto de vista preventivo”⁵⁸⁰. “El que una persona perteneciente a una determinada profesión destinada a prevenir el peligro (por ejemplo un policía o un bombero), no pueda disculparse, invocando una situación de necesidad, más fácilmente que otra, se debe a la protección de bienes jurídicos, es decir, aun interés de la comunidad que exige aquí una sanción; mientras que puede permanecer impune el que actúa en una situación parecida, pero sin tener un deber social específico, porque no necesita la resocialización y, dado lo excepcional de la situación, no puede dar un mal ejemplo”⁵⁸¹. Por ello “al principio de proporcionalidad también se le vincula con los fines preventivos de pena. En efecto, el pensamiento sistemático-racional de tendencia funcionalista impregna las categorías dogmáticas con una fuerte acentuación de las tareas preventivas (general, especial e integración.)”⁵⁸².

6.3. Crítica a la postura del Tribunal Constitucional sobre la reincidencia y la habitualidad

a) Antecedentes

La Ley 28726 incorporó las figuras de la reincidencia y la habitualidad en nuestra legislación penal, el 09 de mayo de 2006. En los términos de la referida ley, es reincidente aquel que después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad incurre en nuevo delito doloso; mientras que es habitual aquel que comete un nuevo delito doloso, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles, que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. De esa manera se incorporaba como agravantes de la pena la reincidencia y la habitualidad, en los artículos 46-B y 46-C, respectivamente.

Pocos días después, el 13 de mayo de 2006, se dictó la Ley 28730 que modificó el artículo VIII del Título Preliminar estableciendo que el principio de proporcionalidad, en su enunciado “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, “no rige en casos de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito”.

579 ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio*, Ed. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000, p. 57.

580 ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Op. cit., p.103.

581 ROXIN, Claus, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Op. cit., p. 41.

582 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 157.

b) La STC. N° 0014-2006-PI/TC

El Tribunal Constitucional ha considerado resolviendo una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte contra la legislación que incorpora las figuras de la reincidencia y la habitualidad, que no existe inconstitucionalidad alguna.

El demandante alegaba que al incorporarse la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, se ha transgredido el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una sanción penal, lo que atenta contra el principio *ne bis in idem*, igualdad en la aplicación de la ley, presunción de inocencia.

El Tribunal Constitucional desestimó la demanda alegando que “no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrina o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que la ley en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícito o implícitamente”⁵⁸³.

En tal sentido el máximo Interprete de la Constitución estima que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*. Para el Tribunal Constitucional, en la reincidencia, “el primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto (...) por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal”⁵⁸⁴.

Igualmente, el Tribunal Constitucional, considera que la reincidencia tampoco vulnera el principio de culpabilidad, ya que según sus palabras esta figura “es una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado” (...) sin embargo, no existiría colisión porque el principio de culpabilidad constitucional debe ser analizado a la luz de una interpretación constitucional derivada de los artículo 2; inciso 24, literal “f”, 37, 140 y 173 de la Constitución, que llevaría a la conclusión de que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en su conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculcado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado”⁵⁸⁵.

583 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

584 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

585 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

El Tribunal Constitucional tampoco encuentra conflicto entre la reincidencia y el principio de proporcionalidad. En su opinión, la sociedad democrática en su interés por conocer si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, por lo que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de la incorporación de la reincidencia y la habitualidad se encontraría plenamente justificada⁵⁸⁶.

Con las mismas ideas, el Tribunal Constitucional encuentra que la habitualidad no es inconstitucional. En sus palabras, “la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos”⁵⁸⁷.

Por lo que, sobre la base de que, además, de los fines de reeducación, reincorporación y resocialización, como fines de la pena, existe una obligación del Estado en proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, el Tribunal Constitucional considera que el legislador ha actuado dentro del margen de razonabilidad al definir la política de persecución criminal del Estado mediante la reincorporación de las figuras de la reincidencia y la habitualidad a nuestro ordenamiento jurídico-penal, sin que con ello se haya infringido derechos constitucionales⁵⁸⁸.

c) La crítica

Consideramos que la línea jurídico-argumentativa del Tribunal Constitucional es equivocada. En primer lugar, hay que recordar que el legislador de 1991 proscribió la reincidencia y la habitualidad de nuestra legislación penal. La exposición de motivos del Código penal, expresamente señaló:

“Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho, conlleva a una violación del principio bis non idem (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233 inc. 11) de la Carta Política. La experiencia ha demostrado que la drasticidad de las penas impuestas en nombre de la reincidencia y habitualidad, no han servido para atemorizar, de conformidad con criterios de prevención general,

586 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

587 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

588 STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

todo lo cual ha llevado a la Comisión Revisora a no incluir en el documento proyectado este rezago de los viejos tiempos del derecho de castigar y que el positivismo peligrosista auspició con el fin de recomendar la aplicación de medidas eliminatorias y de segregación social”.

Decíamos que en la aplicación de la pena concreta es menester del juzgador considerar la responsabilidad del autor por el hecho realizado. Crear una sanción penal –pena abstracta- por la forma de pensar, sentir o vivir resultaría violatorio de la dignidad y libertad humana. Pero, dentro de este marco de pena establecida por el legislador, resulta legítimo que el Juez utilice criterios tanto exógenos como endógenos al autor para determinar el grado de reprochabilidad por su conducta. Por eso, el artículo 45 del Código Penal prevé que el Juez al momento de fundamentar y determinar la pena deberá tener en cuenta las características sociales que hubiera sufrido el agente; su cultura y sus costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

Así como, el artículo 46 del Código Penal, dispone que para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, considerando especialmente ciertos aspectos relacionados al comportamiento –tales como, la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causados; las circunstancias de tiempo; lugar; modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad o pluralidad de los agentes- y aspectos relacionados al propio autor, tales como, su edad; educación; situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente; -y ahora- la habitualidad del agente al delito; y la reincidencia.

Lo que resulta violatorio de la dignidad humana a través de la vulneración de los principios de culpabilidad y proporcionalidad consiste en establecer que ciertas condiciones personales del autor elevan el marco de pena abstracta establecida para un determinado delito. Igualmente, se vulneran los principios de legalidad penal y *nen bis in idem*, dado que no cabe duda que el hecho anterior y penado es vuelto a tomar en cuenta, esta vez para agravar la pena de otro hecho delictivo y respecto al cual su construcción típica en el extremo de la sanción penal no contempla pena semejante por no estar en función al daño social o resultado lesivo producido por el delito, evidenciándose que esta pena mayor sólo y exclusivamente se erige y sustenta en contra “el modo de vivir” del autor del delito.

De esa manera, lo que ha hecho nuestro legislador, tanto en el artículo 46-A, que permite el incremento la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, por la condición de funcionario público, o por la condición de recluso de un centro penitenciario (en determinados delitos); como en los artículos 46-B y 46-C, que incorporan las figuras de la reincidencia y la habitualidad, respectivamente, estableciendo, en el primer caso, que el juez podrá elevar la pena hasta un tercio por encima del máximo legal, y en el segundo caso, hasta en una mitad por encima del máximo legal. Esta neocriminalización constituye la creación de penas abstractas en función del autor (y no del hecho), que criminaliza el ser y no el hacer del agente.

Hay que recordar que los principios limitadores del *ius puniendi*, dentro de los cuales se incluye los principios de culpabilidad y proporcionalidad, impiden que el *ius puniendi* se ejerza de cualquier manera porque obligan al Estado a no denigrar la condición de persona, instrumentalizándola, cuando realiza labor punitiva. En consecuencia resulta indispensable que la labor de criminalización primaria, esto es, aquella realizada por el legislador, y la criminalización secundaria, nos referimos a aquella que llevan a cabo las entidades específicas de criminalización, policial, judicial y penitenciaria, resulte acorde a sus postulados en la medida que los principios limitadores del *ius puniendi* encuentran su fuente en la Constitución.

Por ello, en septiembre de 2006, en opinión que compartimos plenamente, la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el Pleno Jurisdiccional Penal Distrital Septiembre – 2006, acordó proponer la reforma de la ley sobre reincidencia y habitualidad (Ley 28726); y en todo caso, mediante la aplicación del control difuso, inaplicar los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, por considerar que colisionan con principios procesales contenidos en los artículos 1 y 3 de la Constitución. Literalmente los magistrados arequipeños señalaron: “La figura de la reincidencia y habitualidad, que ha sido insertada en nuestro ordenamiento jurídico, colisiona con principios constitucionales, principalmente el principio de humanización de las penas, de la dignidad humana, contenido en el artículo primero de la Constitución y el artículo nueve del Pacto de San José de Costa Rica, al que estamos vinculados por mandato del artículo tres de la Carta Magna”.

6.4. El principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad

También las variaciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves⁵⁸⁹.

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “Tercero: En tal sentido, respecto a la pena impuesta a los sentenciados, debe precisarse que ésta se sustenta en el principio de proporcionalidad establecido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, toda vez que la penalidad debe estar en relación con la modalidad del delito, el número de infracciones cometidas y la proclividad del autor puesto de manifiesto en los hechos perpetrados, así como de sus condiciones personales, acorde con lo establecido en los artículos veintiuno, cuarenta y cinco y cuarenta y seis del código sustantivo; por lo que es de concluir que la pena impuesta por el colegiado superior a los encausados se encuentra arreglada a ley; Cuarto: con relación a la reparación civil fijada por el Colegiado Superior, se advierte con meridiana claridad que la misma se ha impuesto con criterios de

589 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Op. cit., p. 101.

proporcionalidad y razonabilidad respecto del bien jurídico afectado, toda vez que tal reparación debe responder a la necesidad de resarcir el daño que se hubiere causado como consecuencia directa del accionar ilícito del agente, el que debe evidenciarse en un daño concreto y cuantificable para, los efectos de realizar una determinación reparadora del daño y que justifique la indemnización como consecuencia del accionar antijurídico; en ese sentido, es coherente que se fije la reparación civil con los criterios antes referidos, por lo que el monto fijado en la recurrida, se encuentra arreglado a ley (Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 1718-2005 - Moquegua de fecha 20.09.2006, considerandos 3 y 4)

- 2) “Tercero: En tal sentido, cabe puntualizar que la pena a imponer debe sustentarse en el principio de proporcionalidad establecido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Penal, toda vez que la penalidad debe estar en relación con la modalidad del delito, el número de infracciones cometidas y la proclividad del autor puesto de manifiesto en los hechos perpetrados, así como de sus condiciones personales, acorde con lo establecido en los artículos veintiuno, cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código sustantivo; Cuarto: Siendo así, es preciso indicar que la pena impuesta por el Colegiado Superior al procesado Rafael Cáceres Neyra no resulta proporcional a la extensión del daño y peligro causado, no habiéndose considerado los medios empleados, la importancia del bien jurídico que busca proteger la norma penal, la pluralidad de agentes, siendo necesario precisar que si bien para los efectos de la individualización de la pena al acusado, conforme al artículo cuarenta y seis del Código Penal debe tenerse en cuenta sus condiciones personales y en aplicación del inciso segundo del artículo cuarenta y cinco del Código sustantivo, los criterios para determinarla faculta al juzgador evaluar sus costumbres, en este caso su proclividad al delito, conforme se desprende de su dilatado prontuario criminal (hoja penológica) que obra a fojas cuatrocientos treinta y ocho, utilizando para tales eventos ilícitos armas de fuego, actuando con crueldad, ensañamiento, alevosía y ventaja, lo que se ha obviado valorar al momento de imponerse la pena respectiva, por lo que ésta debe modificarse aumentándose prudencialmente”. (Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 2047 – 2006-Lima, de fecha 20.10.2006, considerandos 3 y 4)
- 3) “Cuarto.- Que para la imposición y graduación de la pena al encausado Fulton La Torre Linares, debe tenerse en cuenta sus condiciones personales, la forma y circunstancias en que se produjeron los hechos, y sobre todo al haber quedado los hechos en grado de tentativa y por ende con una menor lesión del bien jurídico tutelado, razones por las cuales procede rebajarle la pena impuesta, conforme a lo previsto por los artículos cuarenta y cinco y cuarentiséis del Código Penal, concordante con el ‘principio de proporcionalidad’ contenido en el artículo octavo del Título Preliminar del Código sustantivo” (Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria, R.N. N° 2506-2004-Ucayali, de fecha 20.10.2004, considerando 4)”

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso consiste en la exigencia de realizar un juicio de individualización y ponderación de la pena en función al grado de responsabilidad del hecho realizado y al resultado lesivo que se ha materializado como producto del mismo. Mientras que el principio de culpabilidad constituye el presupuesto por excelencia para la aplicación general de toda pena o medida restrictiva de derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad es el presupuesto para la imposición individualizada y concreta de la pena. El principio de proporcionalidad constituye la garantía fundamental para determinar que toda decisión sea racional y justa, evitando el exceso o la arbitrariedad.
2. El principio de proporcionalidad está consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Ley Fundamental de 1993, que prevé: “Son garantías constitucionales (...) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”. El fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 43 de la Constitución de 1993. El artículo 79 de la Carta Política de 1979.
3. El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso comprende los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha utilizado el *test de proporcionalidad* para la evaluación de medidas que presuponen afectación de unos bienes constitucionales a favor de otros (STC N.º 0016-2002-AI/TC, N.º 0008-2003-AI/TC, N.º 0018-2003-AI/TC, entre otras).
4. El subprincipio de idoneidad exige que la ley penal, dado que interviene el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante. La idoneidad significa un objetivo constitucionalmente válido a través de una medida adecuada para conseguirlo. Ej. La posesión sobre los bienes muebles se protege a través de la pena impuesta al delito de hurto.
5. El subprincipio de necesidad exige que la intervención del legislador en los derechos fundamentales a través de la legislación penal a de ser necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo. La aplicación de una pena de multa no parece ser suficiente para conseguir los efectos preventivos de la pena privativa de libertad frente al delito de hurto resultando por ello necesaria la aplicación de la misma.

6. El subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal.
7. El principio de proporcionalidad opera en dos ámbitos: uno abstracto y otro concreto. La proporcionalidad abstracta está referida al momento legislativo en el cual se tipifican, mediante normas penales, conductas típicas y se asignan las penas que corresponden a cada una de ellas. Mientras que la proporcionalidad concreta se presenta dentro de la propia actividad judicial en referencia al hecho, en particular, que una determinada persona ha realizado y que es objeto de una condena dentro de un proceso penal.
8. En la proporcionalidad abstracta, los principios limitadores del *ius puniendi* juegan un papel muy importante porque constituyen el filtro para determinar qué conductas deben ser calificadas como delitos y cuáles no; en particular el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Una vez establecida la legitimación de calificar una conducta como punible corresponde determinar en aplicación del principio de proporcionalidad el tipo de pena y la cantidad de la misma en función al hecho calificado en el tipo penal y al daño que el mismo potencialmente es posible de causar.
9. En la proporcionalidad concreta, los criterios para decidir la pena a imponerse en cada caso, en particular, se aplican dentro de los marcos mínimos y máximos establecidos por la ley. Los mismos se encuentran previstos en los artículos 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 48, 49, 50 y 51 del Código Penal que permiten la individualización de la pena. La mayoría de estos criterios responden a la reprobabilidad del hecho concreto que puede formularse contra el autor o partícipe del mismo, en cuanto los mismos no sean específicamente constitutivos del hecho punible o modificatorios de la responsabilidad por constituir criterios específicamente señalados en la legislación penal. El principio de proporcionalidad en esta fase puede significar tanto la reducción de la pena concreta como la elevación de la misma.
10. Las variaciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. Hay que añadir que éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más en concreto, con el grado de la peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves.

§ 10. PRINCIPIO DE FINALIDAD INTEGRAL DE LA PENA

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué castigar? ¿Para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena la ejecución de determinadas conductas? De una manera simplificada, en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamientos que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado, se sostiene que el Derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia, de modo tal, que busca reestablecer la armonía social y jurídica afectada por el delito; por otro lado, se sostiene que el Derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos). “El Estado tiene derecho a prohibir una determinada conducta mediante una pena”⁵⁹⁰.

La función del Derecho penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el Derecho penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del Derecho penal en el que éste será entendido de una manera diferente. Por lo general, en este caso se justificará el Derecho penal como un instrumento socialmente útil⁵⁹¹.

Las teorías de la pena son en el fondo teorías acerca de la función del Derecho penal, pues, mediante explicaciones racionales buscan justificar la imposición de la pena, que se traduce siempre en una medida limitativa de derechos dirigida contra una persona. El Derecho penal se justifica a través del fundamento de las teorías de la pena. “La pena se funda en una inexorable necesidad social, ya que las multitudes que soportan la leyes por temor, no se atreven a infringir el Derecho, sólo por la amenaza de las leyes penales”⁵⁹². “La pena constituye un medio de defensa social y se toma en cuenta la anormalidad de quien delinque, el objeto del proceso será el conocimiento y determinación de los factores antropológicos del delito, precisando los caracteres orgánicos y síquicos social del delincuente y al finalidad del mismo estará representada por la defensa social a través de la aplicación de las penas”⁵⁹³.

A lo largo de la historia del Derecho penal se han ido trazando diversas teorías que buscan legitimar la aplicación de una pena al individuo por parte del Estado. La llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la *justicia* a través de las “teorías absolutas”, para las cuales la pena es legítima cuando equivale a la retribución de una lesión cometida culpablemente, toda vez que la lesión del ordenamiento jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que resulta reprochable, y por lo tanto culpable, de modo tal que, el fundamento de la pena se encuentra exclusivamente en la justicia o la necesidad moral.

590 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz ; KLAUS, Tiendemann, Op. cit., p.20

591 BACIGALUPO Enrique, Principios de Derecho Penal. Parte General, pp.7-8.

592 GRAMATICA, Filippo, Principios de derecho penal subjetivo, Ed. Instituto editorial Reus S.A, Madrid, 1941, p. 41

593 PEÑA CABRERA FREYRE, Alfonso Raúl, Op. cit., p. 184.

En cambio, la Escuela Positiva propuso como único criterio el de la *utilidad*, expresándolo por medio de las modernas “teorías relativas” de la pena, las cuales legitiman la pena en razón de lograr la obtención de un determinado fin, ya sea inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados (prevención general negativa), obrar sobre la colectividad para impulsar el sentimiento de seguridad o confianza que las normas se cumplen, (prevención general positiva) u operar sobre el autor del delito ya cometido para reeducarlo en el mejor uso de su libertad a fin de que logre reinserirse a la sociedad y no vuelva a delinquir (prevención especial). En la actualidad, la ciencia penal intenta sintetizar a través de una teoría unitaria los dos puntos de vista marcadamente antagónicos para ver en la pena el cumplimiento de diversas funciones protectoras, retributivas, preventivas y resocializadoras.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

Artículo IX.- “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación”⁵⁹⁴.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de la Argentina

No regula sobre el particular.

Código Penal de Bolivia

No regula sobre el particular.

Código Penal de Brasil

No regula sobre el particular.

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular.

Código Penal de Colombia

Artículo 4.- Funciones de la pena

594 El Título Preliminar del Código Penal en el diseño de los anteproyectos de 2004 y 2009, con más armonía, unifican el principio de finalidad protectora-preventiva y resocializadora de la pena y finalidad terapéutica-preventiva de las medidas de seguridad en el artículo I, mientras que el lugar del artículo IX está reservado en ellos para consagrar el principio non bis in idem, de la siguiente forma:

Artículo IX –Anteproyecto de 2004.- “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate de un mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas.

El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.”

Artículo IX – Anteproyecto de 2009.- “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas”.

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena al condenado.

Artículo 5.- Funciones de la medida de seguridad

En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

Código Penal de Costa Rica

No regula sobre el particular.

Código Penal de Cuba

Artículo 1.1

Este Código tiene como objetivos:

- Proteger a la sociedad, a las personas, al orden social, económico y político y al régimen estatal;
- Salvaguardar la propiedad reconocida en la Constitución y la leyes;
- Promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos;
- contribuir a formar en todos los ciudadanos la conciencia del respeto a la legalidad socialista, del cumplimiento de los deberes y de la correcta observancia de las normas de convivencia socialista.

2. A. Estos efectos especifica cuales actos socialmente peligrosos son constitutivos de delito y cuales conductas constituyen índices de peligrosidad y establece las sanciones y medidas de seguridad aplicables en cada caso.

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular.

Código Penal del Salvador

No regula sobre el particular.

Código Penal de España

Artículo 6

1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.
2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

Código Penal de Guatemala

No regula sobre el particular.

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular.

Código Penal de Honduras

No regula sobre el particular.

Código Penal Federal de México

No regula sobre el particular.

Código Penal de Nicaragua

No regula sobre el particular.

Código Penal de Panamá

Art. 7.- La persona cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al sentenciado.

Art. 8.- A los inimputables solo se les aplicarán medidas de seguridad.

Las medidas de seguridad tienen como fundamento la protección, la curación, la tutela y la rehabilitación de la persona.

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular.

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular.

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular.

Código Penal de Venezuela

No regula sobre el particular.

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

El principio de finalidad preventiva, protectora y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena está previsto doblemente en el Título Preliminar del Código Pena, ya que el mismo se deriva tanto del artículo I como del artículo IX de dicho apartado del Código punitivo. No obstante, el artículo IX del Título Preliminar incluye también la finalidad que nuestro ordenamiento atribuye a las medidas de seguridad, en los “fines de curación, tutela y rehabilitación” respecto a aquel sujeto que reviste peligrosidad en la medida que ha realizado un injusto penal, aunque sin posibilidad de aplicar una pena por no verificarse el elemento de la imputabilidad. Líneas atrás hemos adelantado que la fuente constitucional de este principio se encuentra en los artículos 1, 44, 139; inciso 22 y 200 la Carta Política de 1993⁵⁹⁵. Los mismos que tuvieron lugar en los artículos 1, 80 y 234 de la Constitución de 1979⁵⁹⁶, habiendo sido ésta la que por razones lógicas inspiró el Código Penal de 1991⁵⁹⁷. La legislación punitiva cumple fines de prevención y rehabilitación para la tutela de bienes jurídicos, ya sean personales o colectivos, así como contempla para los casos de las medidas de seguridad fines de curación, tutela y rehabilitación.

595 La Ley Fundamental de 1993. Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; Artículo 44: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (...); Artículo 139; inciso 22: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”; Artículo 200, último párrafo: “Son garantías constitucionales (...) “El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...).

596 Ley Fundamental de 1979. Artículo 1: “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla”; Artículo 80: “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado”; Artículo 234: “(...) El régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el Código de Ejecución Penal”.

597 El Tribunal Constitucional en la STC N° Exp. N° 010-2002-AI/TC, Lima, (Pleno) Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003, ha sostenido que: “En primer lugar (...) tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales (FJ 185). En segundo lugar, (...) detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” (...) se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) (...) Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía. (FJ 186)”. A mayor abundamiento, nos remitimos a nuestros comentarios desarrollados al comentar el artículo I del Título Preliminar del Código Penal Vid supra.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N.º 803-2003-HC/TC-Arequipa, Caso Pedro Felipe Cuba Ramírez o Salvador Mamani Quispe, de fecha 30 de noviembre de 2004, ha sostenido que: “Al margen de la ardua polémica que, con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (FJ 9) (...)el enunciado constitucional constituye *per se* un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. Finalidad que es atribuible a toda clase de penas, llámense estas privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos, pena restrictiva de libertad y por tanto, aplicable a las diversas clases de penas (FJ 11) (...) No obstante ello y en paralelo a la función de prevención especial positiva, se encuentra la función preventiva de penas y medidas de seguridad garantizados en el artículo IX del mismo Título Preliminar, precepto que debe interpretarse sistemáticamente de modo indispensable con el artículo I; en tal sentido llegaremos al convencimiento que ambas funciones, las de prevención y protección; y las de resocialización se encuentran reguladas, en el primer artículo al enunciar que la legislación penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad (FJ 13)⁵⁹⁸”.

La finalidad atribuida a la ley penal por nuestro texto constitucional, aunque no de modo expreso, es la misma que otorga la teoría integral de la pena. Esa parece ser también la interpretación del Tribunal Constitucional. En la STC Exp. N.º 0019-2005-PI/TC-Lima, Caso Acción de inconstitucionalidad de más del 25% del número de miembros del Congreso de la República contra la modificatoria del artículo 47 del Código Penal, de fecha 21 días de julio de 2005, el Tribunal Constitucional sostuvo: “Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente (FJ 37). Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica

598 “Interpretación que le asigna a la pena las funciones de prevención, protección y resocialización que emanan de la misión y sentido de la legislación penal lo que no es otra cosa que la prevención del delito como medio de protección de bienes jurídicos (FJ 13)” en: STC Exp. N.º 803-2003-HC/TC- Arequipa, Caso Pedro Felipe Cuba Ramírez o Salvador Mamani Quispe, de fecha 30 de noviembre de 2004,

en una sociedad democrática (FJ 38)”⁵⁹⁹. De modo que, el Tribunal Constitucional no rechaza la innegable existencia de la función retributiva de la pena como elemento funcional intrínseco a la misma, sino lo único que niega es la consagración de la “teoría absoluta” formulada entorno a ésta y que postula a la pena como un fin en sí mismo; mientras que, a su vez, el máximo intérprete de la Constitución considera expresamente que las finalidades preventivas positiva y negativa “gozan de protección constitucional”, al proceder del principio de dignidad humana reconocido en el artículo 1 de la Ley Fundamental de 1993 y, en particular, al encontrar la teoría de la prevención especial “una referencia explícita”, en el artículo 139; inciso 22 de la Ley Fundamental en vigor.

La búsqueda de la vigencia real de los derechos fundamentales impone también consecuencias respecto a la sanción penal y a la finalidad de la misma⁶⁰⁰. No se puede tomar en consideración como alternativa, de una forma seria y general, ni la propuesta de una derogación del Derecho penal, ni tampoco la sustitución de éste a través de un Derecho de intervención⁶⁰¹. Al respecto, resulta muy claro HASSEMER

599 7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad A) Teoría de la retribución absoluta 30 (...) Una es la teoría de la retribución absoluta (...) Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política (...) B) Teoría de la prevención especial 31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución (...) C) Teoría de la prevención general 32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito (...) D) Teorías de la unión 33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio; en: STC EXP. N.º 0019-2005-PI/TC-Lima, Caso Acción de inconstitucionalidad de más del 25% del número de miembros del Congreso de la República contra la modificatoria del artículo 47 del Código Penal, de fecha 21 días de julio de 2005.

600 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Temas de Derecho penal, Ed. Cultural Cuzco, SA, Lima, 1998, p. 98.

601 SCHÜNEMANN, Bernd, Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, p. 66. El “Derecho de intervención” o Interventionrecht es un concepto propuesto por HASSEMER, aún en construcción, que excluye cierto ámbito de conductas actualmente inmersa en el Derecho penal mediante la distinción entre “Derecho de Intervención” y Derecho penal básico o nuclear. Éste último estaría integrado únicamente por “el verdadero Derecho penal”, donde “forman parte de este núcleo todas las lesiones de los clásicos bienes jurídicos individuales, e igualmente las puestas en peligro graves y evidentes, como los incendios, la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas, los ataques al tráfico aéreo, y también en otro orden de cosas, las asociaciones criminales y la puesta en peligro del Estado”, sin que ello implique la renuncia a la protección de bienes jurídicos universales, más bien “los bienes jurídicos universales deben ser precisados del mejor modo posible y funcionarizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales (teoría personalista del bien jurídico Vid supra), mientras que el Interventionrecht se ocuparía de aquellos conflictos sociales producidos por la modernidad que actualmente se han inmiscuido en los ámbitos de la legislación penal, pero que podrían encontrar mejor solución si fuesen ubicados en la categoría que se propugna y que se ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionatorio administrativo, de modo que “el sistema del Derecho penal se libere del cumplimiento de unas expectativas de solución de problemas que no puede solucionar” y que “chocan con las bases del Derecho penal en el Estado de Derecho, es decir,

cuando explica que: “es la propia norma la que justifica la sanción de su lesión. Expresado de manera más sencilla: si la infracción de una norma queda sin una respuesta que le corrija y sancione, entonces persiste la infracción a la norma y, si persiste la infracción a la norma entonces de una u otra forma ésta tiene la última palabra y esto, sin duda, tiene consecuencias para la vigencia de la norma. Luego para los ojos de la comunidad se ha mostrado cómo la lesión de esa norma para cualquiera de los que se encuentran en su entorno, es decir para todos nosotros, es prácticamente aceptada. De extenderse aún más la omisión de responder a las lesiones que se causen a las normas, sucede que se generaliza entre la comunidad la impresión de que no interesa el prevalecimiento del orden jurídico, o sea simplemente somos espectadores de las infracciones ocasionadas a las normas. Y esto lo saben muy bien quien viven en Estados donde los sistemas políticos lesionan sistemáticamente los derechos humanos: si no se hace pública respuesta correctiva a estas lesiones originadas al ordenamiento jurídicos, gobierna entonces el sistema de impunidad y triunfan una vez más estos atentados, envenenando así la relación entre los hombres y el Estado y las normas y el Derecho penal”⁶⁰². La imposición de una pena es necesaria en cualquier ordenamiento jurídico. No obstante, en la estructura del Estado social y democrático de Derecho resultaría contradictorio atribuir a la sanción penal una finalidad netamente retributiva o de expiación, ya que esta forma de organización social no puede anular al individuo que se instituye como fin de la sociedad y del Estado. Por tanto sólo se encuentra justificada la legislación penal y la pena, que aún manteniendo un elemento retribucionista, estén fundamentadas en finalidades de prevención general positiva, negativa y de prevención especial positiva consistente en la resocialización, como necesarias para la protección de los derechos fundamentales de la persona humana y la subsistencia armónica de la sociedad.

V. CONCEPTO

Este principio constitucional-penitenciario es un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas o al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducción", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad, finalidad que es atribuible a toda clase de penas, llámense estas privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos, pena restrictiva de libertad y por tanto, aplicable a las diversas clases de sanciones penales⁶⁰³.

En cuanto a la resocialización, el profesor MIR PUIG considera que “la exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el Derecho penal evite la marginación indebida del

con los principios del Derecho penal del hecho, la función limitadora del principio de culpabilidad”, etc. HASSEMER, Winfried, Persona, Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Ed. Temis, 1999, Bogotá, p. 32-51

602 HASSEMER, Winfried, Por qué no debe suprimirse el Derecho penal, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México D.F., 2003, p. 26.

603 EXP. N.º 803-2003-HC/TC.

condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad. Ello hace preferibles en la medida de lo posible las penas y medidas que no entrañen separación de la sociedad. Pero, cuando la privación de libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible sus efectos desocializadores, fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de resocialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, no como manipulación de su personalidad, sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal⁶⁰⁴”

VI. CONTENIDO

6.1. Las teorías absolutas de la pena

En la década de los ochentas, ROXIN, sostenía: “La teoría que hasta hace poco tiempo dominaba en Alemania era la teoría de la retribución o de la justicia. Para esta teoría el sentido de la pena consiste en la retribución justa, es decir, en imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de su culpabilidad”⁶⁰⁵. “El código penal alemán de 1871 era un reflejo de la teoría de la retribución, pues las penas se graduaban según la gravedad de la culpabilidad”⁶⁰⁶.

Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. En esta cosmovisión, los hombres viven en un estado natural de justicia –valor absoluto- que se va a ver quebrantado cuando alguno de ellos cometa un acto delictivo. Precisamente ante esta situación, la aplicación de una pena, al autor de un delito, permitirá que la sociedad vuelva al estado inicial de justicia. Esta postura sostiene que sólo así se permite otorgar a la pena la finalidad de recobrar la justicia o reafirmar la vigencia del Derecho. En cambio, las teorías relativas de la pena prescinden de aquellas consideraciones trascendentes de legitimación del castigo, como es la utopía de alcanzar la justicia, y lo fundamentan en la utilidad de la pena para prevenir el delito.

Las teorías absolutas conciben a la pena como una retribución como la forma en la que la sociedad paga a una persona por el delito cometido. Para Hegel la pena es la negación de la negación del Derecho. En consecuencia, en la medida que la negación de una negación es una afirmación, con la pena se trata de afirmar el Derecho que ha sido negado con la realización del delito. El papel restaurador de la vigencia del ordenamiento jurídico quebrantado con el delito resulta ser el sustento del Derecho penal. Igualmente para Kant, la pena es una retribución o un pago por el mal uso de la libertad. Por lo mismo debe ser una pena justa, esto es proporcionada al mal causado con el delito, pero más allá de ello, la pena es un imperativo de la justicia, por eso debe ejecutarse siempre y en su totalidad. Cabe señalar también que la pena es un fin en si mismo. Así, la utilidad de la pena queda totalmente fuera del

604 MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Op. cit., p. 101.

605 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Op. cit., p. 33.

606 Ibid., p. 140.

fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. De la misma manera una pena inútil, pero injusta, carecerá de legitimidad⁶⁰⁷.

Contra las teorías absolutas o de la retribución se argumenta básicamente que: a) Carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales, y b) Que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito. A favor de las teorías absolutas se puede sostener, sin embargo, que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la gravedad del mismo) y que por, tanto no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo a favor de la generalidad⁶⁰⁸.

6.2. Las teorías relativas de la pena

Las teorías relativas de la pena no se preocupan del fundamento de la pena, sino simplemente de contestar a la pregunta de para que sirve la pena. El Derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término por su utilidad social⁶⁰⁹. No importan las consideraciones metafísicas de si a través de la pena se realiza la justicia o si se afirma el ordenamiento jurídico trastocado con el delito. La pena no es un fin en si mismo sino es un medio para alcanzar objetivos posibles que resultan útiles a la sociedad. Las teorías relativas de la pena se subdividen en dos grupos de teorías diferenciadas, básicamente por el destinatario al cual están dirigidas; así como, por el momento en el cual éstas son de aplicación. En primer lugar, se ubica la “prevención general”, que observa a la pena como un mensaje comunicativo dirigido a toda la comunidad social para que se abstenga de delinquir. De otro lado, se postula “la prevención especial”, que entiende a la pena como un remedio dirigido al delincuente mismo que ha delinquido, para readaptarlo a la sociedad y con ello lograr que no vuelva a delinquir. Así las cosas, es correcto afirmar que, “la pena no es mera retribución, persigue esa doble finalidad mencionada (prevención general y especial)”⁶¹⁰.

6.2.1. La prevención general

La prevención general se divide a su vez en dos variantes. En primer lugar, se encuentra la prevención general negativa o intimidatoria y la prevención general

607 BACIGALUPO, Enrique Principios de Derecho Penal. Parte General, Op. Cit., p. 9.

608 Ibid., pp. 9-10.

609 BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004, p. 526. Al respecto: “El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución”; en: STC N° Exp. N° 010-2002-AI/TC, Lima, (Pleno) Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, de fecha 03 de enero de 2003 (FJ 198).

610 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p.165.

positiva. Se le denomina general porque no está dirigida a actuar sobre el delincuente, sino sobre toda la sociedad en general; y con anterioridad al momento de comisión del hecho delictivo, de modo tal, que sus destinatarios no son sujetos determinados.

a) La prevención general negativa

La prevención general negativa concibe a la pena como un instrumento o un medio mediante el cual el Estado advierte la sociedad en su conjunto de que si alguien realice tal o cual acto, calificado como delito, recibirá tal o cual pena. Es decir, mediante la pena se busca intimidar a las personas para que no cometan delitos. De allí que también fuese conocida como “teoría de la coacción psicológica”.

“La coacción psicológica de la pena, según la cual no puede producirse el efecto intimidativo de la pena si la amenaza no es conocida con anterioridad a la ejecución del hecho por el sujeto amenazado. Es decir, para que la pena cumpla con la función de coaccionar psíquicamente a los integrantes de la sociedad y, por tanto, con la función de impedir y prevenir, en lo posible, la perpetración de delitos”⁶¹¹. La pena, pues, en cuanto es una amenaza, intimida y aleja del delito. La ley penal, en efecto, llena la finalidad de desviar mecánicamente la voluntad del camino del crimen, ya que el hombre delinque esperando alcanzar alguna ventaja y deja de hacerlo si está cierto de que, en lugar del provecho esperado, caerá en el mal de la pena”⁶¹².

El representante más caracterizado de las “teorías” preventivo generales es Feuerbach, quien sostuvo que era “una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas se vea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias”. La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir. Por ello permite -como se ha objetado- elevar las penas indefinidamente pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte el efecto intimidante. Por este motivo, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, externos (por ejemplo la culpabilidad del autor)⁶¹³.

La idea de esta concepción es sintetizada en la siguiente idea: “Todas las infracciones tienen el fundamento psicológico de su origen en la sensualidad, hasta el punto de que la facultad de deseo del hombre es incitada por el placer de la acción de cometer el hecho. Este impulso sensitivo puede suprimirse al saber cada cual que con toda seguridad su hecho irá seguido de un mal inevitable, que será más grande que el desagrado que surge del impulso no satisfecho por la comisión”⁶¹⁴. No obstante como advierte FERRAJOLI: “El fin de la prevención general mediante la amenaza legal, si bien es necesario para justificar las penas respecto a los delitos previstos, no es

611 BRAMONT ARIAS, Luis A; en: Principio de legalidad, GARCIA RADA, Domingo, BRAMONT ARIAS, Luis A; VÁSCONES VEGA, Ricardo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; HURTADO POZO, José. La nueva Constitución y el Derecho Penal. Ed. Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980, p. 31

612 GRAMATICA, Filippo, Op. cit., p. 83.

613 BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, Op. cit., pp. 10-11

614 ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I., Op. cit., 90.

suficiente como criterio de limitación de las penas dentro de un modelo de derecho penal mínimo y garantista”⁶¹⁵.

b) La prevención general positiva

La prevención general positiva concibe a la pena como el mecanismo para reforzar la confianza de la sociedad en el cumplimiento de las normas penales. La pena tiene la finalidad de evidenciar la invulnerabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad. De modo que, las personas no dejan de creer en el Derecho por la realización de un acto delictivo que lo contraviene. “La dogmática jurídico penal de base ontológica quiebra, dice y en su lugar hace su aparición un principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, esto es a lo que hoy se llama prevención general positiva, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo-generales”⁶¹⁶.

La prevención general positiva contiene tres finalidades distintas: el aprendizaje de confiar en el cumplimiento del Derecho, el impacto psicológico (positivo) del ciudadano al advertir que el Derecho se aplica, la pacificación de la sociedad cuando se soluciona el conflicto con el infractor de la ley penal. Todas ellas dirigidas a estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho.

En ese orden de ideas, la función de la pena es la prevención general positiva es decir, la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social, o sea la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales. Esto mismo se sostiene también diciendo que la “tarea del derecho penal es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social. El contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma, llevado a cabo a costa del que la ha quebrantado. La pena tiene, en este sentido, la función de ratificar las normas que han sido vulneradas y, de esta manera reforzar la confianza general en las mismas. Esta confianza, sin embargo, no consiste en la creencia de que nunca más se cometerán hechos semejantes, pues “destinatarios de la pena, en primera línea, no son algunas personas consideradas como autores potenciales, sino que todas las personas tienen que saber lo que deben esperar en estas situaciones”. La función de la pena es, resumiendo, “prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma”⁶¹⁷.

En resumen, cabe señalar que el Derecho penal forma parte del “aparato de imposición” (Parson) necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato: la que “consiste en la utilización de fuerza física para impedir acciones perturbadoras”. Las siguientes palabras de JAKOBS (1/3) permiten resumir el punto de vista de la prevención general positiva de manera adecuada: “lo ilícito es un mal y el deber de soportar el costo de este mal que incumbe al autor es también un mal. Sin embargo no es posible definir la pena como la aplicación de un mal por el mal cometido: sería irrazonable

615 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Op. cit., p. 280.

616 ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio*, Op. cit., p. 58.

617 BACIGALUPO Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Op. cit, p. 16.

“pretender causar un mal simplemente porque ya existe otro mal”; esta secuencia de los males sólo considera su “carácter superficial”. La pena debe ser definida positivamente: es demostración de la validez de la norma a cargo de quien era competente para su cumplimiento”. De esta manera salta a la vista un mal, pero la pena no cumple su función a través de este efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada”⁶¹⁸.

6.2.2. La prevención especial

La prevención especial modernamente está dirigida hacia aquel que ha delinquido a fin de evitar mediante un tratamiento que vuelva a delinquir. No obstante, la idea de prevención especial originariamente estuvo fundamentada en las ideas desfasadas de segregar al hombre de la sociedad en la cual ha delinquido y apartarlo de la vida de relación en esa sociedad, “confinándolo en lugares cerrados, en zonas custodiadas o alejándolo del país”⁶¹⁹.

“A partir de la década del 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía”⁶²⁰. La prevención especial modernamente es entendida como resocialización, que significa volver a hacer participar de los valores de una sociedad a aquel que ha delinquido para permitirle su reinserción en la comunidad, sin peligro de que vuelva a delinquir.

La idea de resocializar significa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, más ello equivale a obligarlo a que haga suyos los valores de una sociedad. Lo que se busca no es descodificar el sistema de valores del condenado, sino introducir en él conexiones en su sistema que lo lleve a estar en condiciones suficientes de evaluar las normas sociales y el costo de su infracción, enseñándole acerca del manejo de su libertad en una sociedad organizada; dentro del marco del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad propio de un Estado de Derecho.

“En los últimos tiempos ha cobrado una significativa trascendencia la posibilidad de que en ciertos casos la idea de resocialización entre en conflicto con otros fines del Derecho Penal: en concreto, con la prevención general o con otros aspectos de la prevención especial”⁶²¹. No obstante, el consenso en la doctrina se mantiene en considerar que “la pena debe servir, en el marco de lo posible desde el punto de vista preventivo general, a la resocialización del delincuente y en su límite máximo (no así en el mínimo) debe estar limitada por el grado de culpabilidad”⁶²².

La concepción moderna de la prevención especial surgida a partir de la década de los sesentas contiene tres rasgos que la caracterizan: El fin de la pena se define de una manera uniforme a través del concepto de resocialización; se procura dar cabida a las consideraciones que ponen de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior

618 Ibid, p. 18.

619 CORSO MASIAS, Alfredo, CUADROS ESCOBEDO, Raúl, El delito, el proceso y la pena, tomo II, Ed. Editorial el deber S.A. Arequipa, 1955. p. 106.

620 ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Op. cit., p. 160.

621 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Baldó Lavilla, Francisco; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Op. cit., p. 83.

622 ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Op. cit., p. 69.

cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible; y, en tercer lugar, se subraya la importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento⁶²³.

6.3. Las teorías eclécticas o de la unión

Las teorías eclécticas (o de la unión) intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones⁶²⁴.

La teoría de la unión es la opción acogida por nuestro legislador. La Exposición de Motivos del Código Penal, al referirse expresamente al artículo IX del Título Preliminar reconoce en la pena una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Esta teoría trata de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. La teoría de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia

El primer momento es el legislativo donde la pena cumple una función de amenaza o coacción, a través del mensaje comunicativo dirigido hacia la sociedad, donde se indica que a un determinado comportamiento considerado delictivo irá aparejado una consecuencia negativa para su realizador (teoría de la prevención general negativa).

La segunda fase es la de aplicación de la pena. Esta tiene lugar en el proceso penal cuando y concluye con la sentencia. Al aplicar el Juez, en representación de la sociedad la pena correspondiente al delito cometido está garantizando a la colectividad que la ley penal se cumple (teoría de la prevención general positiva). En esta etapa, también la retribución cumple un papel importante orientado a medir la sanción correspondiente al delito cometido, en intrínseca relación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (teoría de la retribución).

El tercer momento consiste en el objeto que cumple la pena a lo largo de su ejecución. En esta etapa, la única finalidad que puede otorgarse válidamente a la pena es la de estar encaminada hacia la resocialización de aquella persona que ha cometido un delito, entendida como vida sin delitos, mediante su tratamiento para fines de reeducación, rehabilitación, reincorporación del penado a la sociedad. Pues, “las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reinserción del autor en la sociedad”⁶²⁵.

Los distintos momentos en los cuales se presenta la dinámica de la pena han dado lugar a hablar de una concepción “dialéctica” de la pena, “en la medida en que

623 BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 13. Al respecto, ROXIN sostiene que: resocializar no significa introducir sentencias indeterminadas o disponer a capricho del condenado para tratamientos estatales coactivos. Más bien únicamente satisface la reforma al mandato constitucional, si al mismo tiempo fortalece la situación jurídica del condenado con la introducción de modernas métodos de terapéutica social y se reestructura jurídicamente la especial relación de poder que hasta ha sido poco accesible a la especulación jurídica”. ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, Op. cit., pp. 33-34.

624 JESCHECK, Hans-Heinrich, Op. cit., p. 103.

625 ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio, Op. cit., p. 32.

acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis” “consiste, según ROXIN, en que, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial)”⁶²⁶. “La pena supeditada, para su finalización, al cumplimiento de todas esas funciones. Sólo la retribución es ineluctable, porque es la pena misma en ejecución, cualquiera que sea el grado de humanitarismo de que la pena se halle impregnada⁶²⁷”.

6.4. Las medidas de seguridad

Las medidas de seguridad son intervenciones en los derechos de los individuos, privativas de libertad unas, como los internamientos en centros psiquiátricos, de deshabilitación o de educación especial (internación) o el tratamiento ambulatorio.

Los presupuestos de las medidas de seguridad exigen que un sujeto haya realizado un tipo penal de modo antijurídico, pero sin reproche de culpabilidad por circunstancias de inimputabilidad penal, por ejemplo, si se determinase que el autor del delito padecía de demencia (i) y siempre, que de su realización y de la personalidad el agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada de probabilidad de comisión de nuevos delitos (ii). Mientras la culpabilidad es el fundamento de la pena, la peligrosidad es el fundamento de la medida de seguridad.

Para llegar al concepto de medida de seguridad hemos de partir de la idea de peligrosidad, término que, con origen en la “temibilidad” de Garofalo, obtiene su desarrollo en los Congresos de la Unión Internacional de Derecho penal, y que como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, “consiste en la probabilidad de que un individuo cometa o vuelva a cometer un delito”, deduciéndose así la existencia de una peligrosidad predelictual u otra delictual⁶²⁸.

Las medidas de seguridad constituyen una de las dos alternativas que ofrece el sistema penal a fin de proteger a la sociedad de la comisión de hechos delictivos. Mientras la pena es la sanción para hechos cuyo presupuesto es la antijuricidad del hecho cometido y la culpabilidad del agente que lo ha producido, las medidas de seguridad, son la consecuencia de la realización de un hecho que también es antijurídico, pero que por la presencia de un fenómeno patológico, no existe la presencia de responsabilidad personal del sujeto que lo ha realizado, pero sí existe la probabilidad de que éste se vuelva a incurrir en la realización de hechos delictivos a futuro, resultando imprescindible someterlo a determinados tratamientos dirigidos a evitar que vuelva a delinquir mediante la tutela, curatela o rehabilitación.

VII. JURISPRUDENCIA

626 BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal, Parte General, pp. 14-13.

627 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Op. cit., p.138.

628 LUZÓN CUESTA, José María, Op. cit., p. 255.

- 1) “Décimo.- (...) respecto a los fines de la pena, conforme a la Teoría de la Unión que sostiene tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la que deben ser perseguidas de modo conjunto y un justo equilibrio, observándose el principio de proporcionalidad, establecido como criterio rector de toda la actividad punitiva del Estado, el mismo que se encuentra íntimamente vinculado al principio de culpabilidad (...) Asimismo, ROXIN establece que: “Cuando el proceso penal culmine en una condena, pasan a primer plano, en la imposición de la sanción, los puntos de vista de prevención general y prevención especial por igual. Mientras más graves sea el delito, tanto más exige la prevención general un agotamiento de la medida de culpabilidad. Y es que cuando se trata de delitos gravísimos la confianza en el ordeamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede reestablecerse cuando se produzca una represión adecuada ala culpabilidad. Por el contrario, en los delitos leves y de mediana gravedad que son de lejos la mayoría en la práctica, puede practicarse más tolerancia cuando esto sea necesario por razones de prevención especial. Entonces, (...) la pena puede quedarse por debajo de la medida de la culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los beneficios que se basen en las posibilidades de la suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario (...) y es que una reintegración social del delincuente sirve más a la seguridad pública que un riguroso promotor de la reincidencia. En razón a ello, la graduación de la pena exige que su valoración sea de carácter personalísimo, considerando tanto las cualidades propias del autor, como al rol desplegado en el marco del ilícito imputado. Sin embargo, no está demás aclarar que la determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar la fijación de la pena aplicable sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones.”. (Ejecutoria Suprema de fecha 09.07.09. de la Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 449-2009 – Lima, considerando 10).
- 2) “Quinto.- (...) Las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado social, porque nuestra Constitución lo acoge, donde se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social, por ende el Derecho penal tiene, una tarea social frente al delincuente y eso significa, frente a una tendencia actualmente muy influyente, que la prevención especial socializadora y resocializadora (acogida en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal) tiene que estar presente en la misma medida que la prevención general, en ese sentido el Estado social y democrático de Derecho no encierra, por tanto, dos principios irreconciliables, sino una unidad dialéctica; en este contexto debemos citar al doctor Claus ROXIN en la conferencia titulada. "Evolución del derecho penal y de la política criminal en Alemania", pág. 37 "...que incluso el autor condenado a cadena perpetua tiene que conservar la posibilidad de su reincorporación a la sociedad"... "La mejor política

criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho." Es por eso que más allá de la teoría se debe tomar la decisión de aplicarla en nuestro medio y así sembrar la semilla que en un futuro se perfeccionara con la ayuda del sistema e incidir en que soluciones como ésta abren el camino a una política criminal humana en el presente y el futuro" (Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Penal Transitoria R.N. N° 3149-2004 - Lima de fecha 20.01.2004, considerando 5).

- 3) "Octavo: Que (...) esta Sala Penal Suprema debe establecer las siguientes precisiones: a) Que las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible; que la medida de internación es privativa de libertad y sólo puede aplicarse cuando existe el peligro potencial de que el inimputable pueda cometer en el futuro otros delitos considerablemente graves. Por tanto la internación es una medida de seguridad que conlleva graves efectos restrictivos en la libertad de las personas. Por lo demás, como señala Claus ROXIN, "... el fin de la pena y las medidas de seguridad no se diferencia en esencia. Ciertamente, los fines preventivos se persiguen por las medidas de seguridad de una forma diferente y que la mayoría de las veces contrasta también con la orientación de los cometidos de la pena en el caso individual, pero la tendencia fundamentalmente preventiva es la misma" (Claus ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, mil novecientos noventa y siete). b) Que, en consecuencia, tratándose de una sanción la medida de internación sólo puede ser impuesta en la sentencia y luego de que en juicio se haya acreditado la realización del delito por el inimputable y su estado de peligrosidad. c) Que la duración de la medida de internación no puede ser indeterminada, por eso el operador judicial debe definir en la sentencia su extensión temporal, la cual, conforme lo establece el artículo setentacinco ab initio, en ningún caso puede exceder los límites cuantitativos de la pena privativa de libertad concreta, que se hubiera aplicado al procesado si hubiera sido una persona imputable. d) Que, además, la duración de la medida de internación debe ser proporcional a la peligrosidad potencial del agente y coherente con las recomendaciones que sobre el tratamiento a aplicar haya precisado el perito psiquiatra (...)" (Ejecutoria Suprema de fecha 16.03.2005 de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 104-2005-Ayacucho, considerandos 8 -constituye precedente vinculante en lo concerniente a la aplicación de la medida de seguridad de internación, prevista en los artículos 74 y 75 del Código Penal y el octavo considerando).

VIII. CONCLUSIONES

1. La función del Derecho penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el Derecho

penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia. Por el contrario, si se entiende que la justicia en este sentido, no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del Derecho penal en el que éste será entendido de una manera diferente. El artículo IX y I del Título Preliminar guardan estrecha relación y complementa el contenido de los mismos.

2. El principio de finalidad preventiva, protectora y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena está previsto doblemente en el Título Preliminar del Código Pena, ya que el mismo se deriva tanto del artículo I como del artículo IX de dicho apartado del Código punitivo. No obstante, el artículo IX del Título Preliminar incluye también la finalidad que nuestro ordenamiento atribuye a las medidas de seguridad, en los “fines de curación, tutela y rehabilitación” respecto a aquel sujeto que reviste peligrosidad en la medida que ha realizado un injusto penal, aunque sin posibilidad de aplicar una pena por no verificarse el elemento de la imputabilidad. Líneas atrás hemos adelantado que la fuente constitucional de este principio se encuentra en los artículos 1, 44, 139; inciso 22 y 200 la Carta Política de 1993. Los mismos que tuvieron lugar en los artículos 1, 80 y 234 de la Constitución de 1979.
3. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. En esta cosmovisión, los hombres viven en un estado natural de justicia –valor absoluto- que se va a ver quebrantado cuando alguno de ellos cometa un acto delictivo. Precisamente ante esta situación, la aplicación de una pena, al autor de un delito, permitirá que la sociedad vuelva al estado inicial de justicia. Esta postura sostiene que sólo así se permite otorgar a la pena la finalidad de recobrar la justicia o reafirmar la vigencia del Derecho.
4. Las teorías relativas de la pena no se preocupan del fundamento de la pena, sino simplemente de contestar a la pregunta de para qué sirve la pena. El Derecho penal se justificaría en razones sociales, políticas y jurídicas y, en último término por su utilidad social. No importan las consideraciones metafísicas de si a través de la pena se realiza la justicia o si se afirma el ordenamiento jurídico trastocado con el delito. La pena no es un fin en si mismo sino es un medio para alcanzar objetivos posibles que resultan útiles a la sociedad. Las teorías relativas de la pena se dividen en teoría general y teoría especial de la pena.
5. La prevención general se divide a su vez en dos variantes. En primer lugar, se encuentra la prevención general negativa o intimidatoria y la prevención general positiva. Se le denomina general porque no está dirigida a actuar sobre el delincuente, sino sobre toda la sociedad en general; y con anterioridad al momento de comisión del hecho delictivo, de modo tal, que sus destinatarios no son sujetos determinados.
6. La prevención general negativa concibe a la pena como un instrumento o un medio mediante el cual el Estado advierte la sociedad en su conjunto de que

si alguien realice tal o cual acto, calificado como delito, recibirá tal o cual pena. Es decir, mediante la pena se busca intimidar a las personas para que no cometan delitos. De allí que también fuese conocida como “teoría de la coacción psicológica”.

7. La prevención general positiva concibe a la pena como el mecanismo para reforzar la confianza de la sociedad en el cumplimiento de las normas penales. La pena tiene la finalidad de evidenciar la invulnerabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad. De modo que, las personas no dejan de creer en el Derecho por la realización de un acto delictivo que lo contraviene. La prevención general positiva contiene tres finalidades distintas: el aprendizaje de confiar en el cumplimiento del Derecho, el impacto psicológico (positivo) del ciudadano al advertir que el Derecho se aplica, la pacificación de la sociedad cuando se soluciona el conflicto con el infractor de la ley penal. Todas ellas dirigidas a estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho.
8. La prevención especial modernamente está dirigida hacia aquel que ha delinquido a fin de evitar mediante un tratamiento que vuelva a delinquir. La prevención especial modernamente es entendida como resocialización, que significa volver a hacer participar de los valores de una sociedad a aquel que ha delinquido para permitirle su reinserción en la comunidad, sin peligro de que vuelva a delinquir.
9. Las teorías eclécticas (o de la unión) intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas. La teoría de la unión es la opción acogida por nuestro legislador. La Exposición de Motivos del Código Penal, al referirse expresamente al artículo IX del Título Preliminar reconoce en la pena una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Esta teoría trata de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. La teoría de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. El primer momento es el legislativo donde la pena cumple una función de amenaza o coacción. La segunda fase es la de aplicación de la pena. Esta tiene lugar en el proceso penal cuando y concluye con la sentencia. El tercer momento consiste en el objeto que cumple la pena a lo largo de su ejecución.
10. Las medidas de seguridad son intervenciones en los derechos de los individuos, privativas de libertad unas, como los internamientos en centros psiquiátricos, de deshabilitación o de educación especial (internación) o el tratamiento ambulatorio. Los presupuestos de las medidas de seguridad exigen que un sujeto haya realizado un tipo penal de modo antijurídico, pero sin reproche de culpabilidad por circunstancias de inimputabilidad penal, por ejemplo, si se determinase que el autor del delito padecía de demencia (i) y siempre, que de su realización y de la personalidad el agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada de probabilidad de comisión de nuevos delitos (ii). Mientras la culpabilidad es el fundamento de la pena, la peligrosidad es el fundamento de la medida de seguridad.

§ 10. PRINCIPIO DE EXTENSION

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo reconoce el principio de extensión según el cual los principios reguladores del control penal que prevé el Título Preliminar del Código Penal no son sólo para la interpretación y aplicación del Código, sino que alcanzan a todas las leyes penales, sea que éstas se incorporen al Código Penal (Derecho penal fundamental), sea que se mantengan como Derecho penal complementario⁶²⁹. “El principio se deriva de la necesaria unidad lógica del ordenamiento jurídico, la cual se rompería al dar igual validez a normas contradictorias”⁶³⁰.

II. DESCRIPCIÓN NORMATIVA

“Artículo X”.- Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”⁶³¹.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

Código Penal de Argentina

Art. 4.- Las disposiciones generales del presente código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto estas no dispusieron lo contrario

Código Penal de Bolivia

Artículo 7: (Norma Supletoria): Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas expresamente no establezcan lo contrario.

Código Penal de Chile

No regula sobre el particular

Código Penal de Colombia

Artículo 13. Normas rectoras y fuerza normativa: Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la

629 BRAMONT ARIAS, Luis Aberto, Principios Reguladores del Código Penal; en: BRAMONT ARIAS, Luis Miguel, Op. cit., p. 39.

630 BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A, Op. cit., p.141.

631 Anteproyecto de 2004.- “Artículo X”.- “Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”.

Anteproyecto de 2009.- “Artículo X”.- “Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales”.

esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación

Código Penal de Costa Rica

Art. 3.- Valor supletorio de este Código: Las disposiciones de este código se aplicaran también a los hechos punibles previstos en leyes especiales, siempre que éstas no establezcan nada en contrario.

Código Penal de Cuba

No regula sobre el particular

Código Penal de Ecuador

No regula sobre el particular

Código Penal de El Salvador

Artículo 6.- Principio De Aplicación General Del Código Penal: Los principios fundamentales del presente Capítulo, serán aplicables siempre.

Las normas generales de este Código serán aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, salvo que estas contengan disposiciones diferentes.

Código Penal de España

Artículo 9.- Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.

Código Penal de Guatemala

Artículo 9.- Leyes especiales: Las disposiciones de este Código se aplicarán a todas las materias de naturaleza penal, reguladas por otras leyes, en cuanto éstas, implícita o expresamente, no dispusieren lo contrario.

Código Penal de Haití

No regula sobre el particular

Código Penal de Honduras

Artículo 12.- Las disposiciones generales de este Código se aplicarán a todos los delitos penados por leyes especiales, en cuanto éstas no dispongan lo contrario.

Código Penal de México

No regula sobre el particular

Código Penal de Nicaragua

Art. 20.- Leyes. Penales especiales: Las disposiciones del título preliminar y del libro primero de este Código, se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquellas.

Los delitos y las faltas cometidos por miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la Costa Atlántica en el seno de ellas y entre comunitarios, cuya pena no exceda de cinco años de prisión, serán juzgados conforme al derecho consuetudinario, el que en ningún caso puede contradecir a la Constitución política de la República de Nicaragua. No obstante, queda salvo el derecho de la víctima de escoger el sistema de justicia estatal al inicio mismo de la persecución y con respeto absoluto a la prohibición de persecución penal múltiple,

Código Penal de Panamá

No regula sobre el particular

Código Penal de Paraguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Puerto Rico

No regula sobre el particular

Código Penal de República Dominicana

No regula sobre el particular

Código Penal de Uruguay

No regula sobre el particular

Código Penal de Venezuela

Artículo 7. Las disposiciones del presente Código en su Libro Primero se aplicarán también a las materias regidas por otras leyes, en cuanto dicten penas y siempre que en ellas no se establezca nada en contrario.

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL.

La fuente constitucional del principio de extensión consiste en una derivación indirecta del principio de primacía constitucional previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. Este artículo establece que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior”. El principio de primacía de la Constitución establece a la Carta Magna como pieza angular de nuestra normatividad. Evidentemente, la preservación de la sistematización de nuestro ordenamiento jurídico resulta ser una consecuencia de este principio.

De la misma manera, nuestro Código penal conocedor de las limitaciones de su propia naturaleza jurídica (norma con fuerza o rango de ley), que le impide servir como barrera frente a nuevas o distintas criminalizaciones –lo cual incluso sería contrario a los avances sociales-, ha estatuido un dispositivo que permite sistematizar de manera lógica, ordenada y coherente la legislación penal patria y, a su vez, dejar un mástil de principios garantistas (Título Preliminar) que resguarde los derechos mínimos de la persona frente a la actividad punitiva del Estado.

Como refiere el recordado Raúl Peña Cabrera: “El actual sistema punitivo es bastante ambicioso, alcanza a muchos delitos que se encontraban en leyes especiales, sin embargo, es un propósito no agotado. Agréguese a esto el zorzal de conductas humanas que seguramente van a precisar de “*lege ferenda*” la necesidad de su criminalización. Previendo esta posibilidad y tratando de asegurar un Derecho penal garantista, es que enarbola el principio de que estas normas generales del Código en vigencia deben aplicarse a leyes especiales vigentes y las que se dibujen legislativamente en el futuro”⁶³².

V. CONCEPTO

El principio de extensión obliga a aplicar los criterios establecidos en las normas generales del Código Penal a las leyes penales especiales, pues, la separación de los textos legales no autoriza una interpretación autónoma de las leyes especiales. De ese modo, el principio de extensión cumple una triple función en el Derecho penal. En primer lugar, reconoce que resultaría utópico abarcar todas las conductas humanas merecedoras de pena en un solo cuerpo de leyes penales. En segundo término, este principio protege la unidad lógica del ordenamiento penal, ya que de modo contrario podrían surgir contradicciones en su interior que terminarían generando una confusión del mensaje comunicativo de la norma en su rol de protección de bienes jurídicos. Finalmente, siendo posiblemente esta la función más importante, asegura la

632 PEÑA CABRERA, Raúl. Código Penal. Comentado y Leyes complementarias. Cuarta Edición. Ed. San Marcos, Lima, 1995., p. 64.

aplicación de un Derecho penal garantista en las leyes especiales, las mismas que no se encuentran materialmente incorporadas en su propio texto⁶³³.

VI. CONTENIDO

Hay que observar que por “normas generales” podemos entender a las normas contenidas en la Parte General (Libro Primero), pero también a otros dispositivos legales que se encuentran contenidos en otras partes del Código Penal. Ejemplo de ello, es –sin dudas– el Título Preliminar del Código Penal o el artículo 425 del Código Penal que, pese a estar ubicado en la Parte Especial (Libro Segundo), fija el concepto de “funcionario o servidor público”. Por normas generales debe entenderse el conjunto de reglas establecidas en las diversas partes del Código Penal que sirven para precisar aspectos comunes o a un cierto grupo de delitos⁶³⁴.

“Es iluso pensar que la codificación punitiva es suficiente para cometer el acervo normativo penal. En muchos casos la variedad de normas penales requieren tratamientos individuales debido a su particularidad, por lo que surgen las leyes especiales”⁶³⁵. Las leyes penales especiales son aquellas que no se encuentran contenidas en el Código Penal, sino en una legislación especial. “El Derecho penal especial como un ámbito éticamente neutral, en el que se trata tan sólo de desobediencias de los ciudadanos respecto de una concreta regulación legal, una regulación que bien pudiera haber sido establecida de modo distinto por el legislador”⁶³⁶.

Esta regulación especial de los hechos punibles puede darse de dos formas: En primer lugar, puede que la tipificación de la conducta delictiva se lleve a cabo en el marco de una regulación más general, como sucede, por ejemplo, en el delito de caza de camélidos sudamericanos, regulado por la Ley N° 26496, la cual aprueba el régimen de la propiedad, comercialización y sanciones por la caza de camélidos sudamericanos (Derecho penal accesorio). La segunda forma, aparece cuando se persigue regular de manera detallada la reacción penal ante determinadas conductas nocivas para la sociedad, por ejemplo, con el Derecho Legislativo N° 813, que tipifica específicamente los delitos tributarios (Derecho exclusivamente penal) que por lo general, contienen normas de carácter procesal y disposiciones que confirman las cuestiones generales del delito del Código Penal o las modifican⁶³⁷.

En la doctrina existen aquellos que interpretan el Principio de Extensión de modo tal que consideran que establece que en caso de contradicción entre las normas generales y una ley especial, se estará siempre a lo que establezcan las primeras, aún medie un caso de incompatibilidad con las regulaciones especiales (aplicación preponderante). Mientras, hay quienes postulan que las normas generales del Código

633 Igualmente, el artículo X del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004 señala: “Prevalencia de las normas de este Título.- Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”.

634 GARCIA CAVERO, Percy, Aplicación supletoria de la parte general a las leyes penales especiales; en AAVV, Código Penal Comentado, Op. cit., p. 258.

635 HUGO VIZCARDO, Silfredo, Op. cit., p.165.

636 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiendemann, Op. cit., p. 100.

637 GARCIA CAVERO, Percy, Aplicación supletoria de la parte general a las leyes penales especiales, Op. cit., 259.

Penal se aplicaran sólo en caso de que las leyes especiales no contemplen una regulación específica de los aspectos generales del delito (tentativa, error, autoría y participación, etc.)⁶³⁸.

Para no desconocer que hay delitos que tiene rasgos particulares que ameritan una regulación divergente de las reglas generales (ej. delitos aduaneros) y evitar el peligro de dejar sin ningún tipo de control normativo los desarrollos llevados a cabo mediante la legislación penal especial, seguimos a GARCÍA CAVERO, considerando que resulta posible asumir una posición intermedia donde se encuentre un criterio de delimitación de las normas generales de aplicación preponderante y de las normas generales de aplicación supletoria recurriendo a la propia estructura del Código Penal, en donde se diferencia un Título Preliminar y una Parte General del Código Penal⁶³⁹. Al respecto ROXIN, considera que el hecho de que: “El legislador haya trasladado estas materias del Derecho Penal especial al común pone de manifiesto que es consciente de que la comunidad considera menos importantes las prohibiciones contenidas fuera del código Penal. Con todo, siguen siendo muy numerosos los preceptos penales establecidos por el derecho penal especial”⁶⁴⁰.

En ese orden de ideas, el Principio de Extensión consagraría que las normas generales contenidas en el Título Preliminar deben tener una aplicación preponderante frente a toda norma de contenido penal, mientras que las normas generales contenidas en la Parte General o Especial del Código Penal, deben resultar de aplicación supletoria frente a las normas penales especiales ubicadas fuera del Código Penal, lo cual significa que serán aplicables, salvo regulación expresa en contrario. “La posición doctrinaria, de la aplicación supletoria, considera que las normas generales del Código penal se aplican sólo si las leyes especiales no tuvieran una regulación específica de las cuestiones generales del delito”⁶⁴¹.

Puede decirse, en conclusión, que el artículo X del Título Preliminar del Código Penal reconocer una aplicación preponderante y a la vez supletoria de las normas generales del Código Penal, en relación a las leyes penales especiales. De modo que, cuando se trate de principios constitutivos del Derecho penal recogidos en el Título Preliminar, no cabrá admitir un desconocimiento de estos principios por parte de la legislación especial. Por el contrario, si se trata de aspectos generales del delito o de la pena, una regulación especial de estos aspectos para determinados delitos podrá perfectamente tener lugar. En aquellas cuestiones generales del delito sobre las que la legislación penal especial no se pronuncie, se estará supletoriamente a lo establecido por las normas generales del Código Penal⁶⁴².

VII. JURISPRUDENCIA

- 1) “En cuanto a la pena impuesta, se advierte de autos que el sentenciado Leonardo Alberto Ora Agurto ha aceptado haber participado en los hechos ilícitos materia de juzgamiento; asimismo, considerándose que

638 Ibid., pp. 260-261.

639 Ibid., p. 261.

640 ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiendemann, Op. cit., p. 101.

641 NOGUERA RAMOS, Ivan, Op. cit., p. 185.

642 GARCIA CAVERO, Percy, Aplicación supletoria de las parte general a las leyes penales especiales, Op. cit., 262.

la sanción se determina de acuerdo a lo dispuesto en el artículo cuarenta y cinco del código penal, referente a las condiciones sociales, culturales y costumbres, así como, los intereses de la víctima, con cuya actitud ilícita, el sentenciado lesionó el bien jurídico protegido por nuestro ordenamiento legal, en tal sentido, tomando en cuenta las condiciones personales del acusado, se trata de una persona que por primera vez se encuentra sometido a un proceso, por lo que en su caso las expectativas de prevención especial son amplias y que, hasta antes de incurrir en el ilícito *sub-judice*, cursaba estudios de informática en el Senati -Zonal Lima- Callao, lo que evidencia su constancia de superación educativa y buscar mejores medios de vida, y su readaptabilidad al seno de la sociedad es mayor por razones de su edad; *Quinto*: que, para efectos de graduación de la sanción a imponerse, es menester precisar la función preventiva, protectora y resocializadora de la pena y en virtud del principio de proporcionalidad y racionalidad de la misma, ésta prima respecto a las disposiciones contenidas en leyes especiales, conforme a lo dispuesto en los numerales séptimo, noveno y décimo del Título Preliminar del Código Penal, en efecto, la pena no puede determinarse como un simple ejercicio del *ius puniendi* estatal a través del legislador y aplicarse sin racionalidad ni proporcionalidad alguna, sin que los jueces puedan controlar a través de una interpretación conforme a los principios básicos del Derecho Penal contenidos en el Título Preliminar del Código Penal y de acuerdo a la propia naturaleza del injusto cometido”. (Ejecutoria Suprema de 20.10.2006. de la Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 3944 - 2006 Lima, lima, veinte de octubre de dos mil seis, considerandos 4 y 5)

VIII. CONCLUSIONES

1. El principio de extensión determina que los principios reguladores del control penal que prevé el Título Preliminar del Código Penal alcanzan a todas las leyes penales. El mismo comprende el Código Penal y el Derecho penal complementario.
2. La fuente constitucional del principio de extensión consiste en una derivación indirecta del principio de primacía constitucional previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. El principio de primacía de la Constitución establece a la Carta Magna como pieza angular de nuestra normatividad. Evidentemente, la preservación de la sistematización de nuestro ordenamiento jurídico resulta ser una consecuencia de este principio.
3. El Código penal conocedor de las limitaciones de su propia naturaleza jurídica (norma con fuerza o rango de ley), ha estatuido el principio de extensión como dispositivo que permita sistematizar de manera lógica, ordenada y coherente la legislación penal patria y, a su vez, dejar un mástil de principios garantistas (Título Preliminar) que resguarde los derechos mínimos de la persona frente a la actividad punitiva del Estado.

4. Las leyes penales especiales son aquellas que no se encuentran contenidas en el Código Penal, sino en una legislación especial. El Derecho penal especial se presenta como un ámbito éticamente neutral, en el que se trata tan sólo de desobediencias de los ciudadanos respecto de una concreta regulación legal, una regulación que bien pudiera haber sido establecida de modo distinto por el legislador..
5. En la doctrina existen aquellos que interpretan el principio de extensión de modo tal que consideran que establece que en caso de contradicción entre las normas generales y una ley especial, se estará siempre a lo que establezcan las primeras, aún medie un caso de incompatibilidad con las regulaciones especiales (aplicación preponderante). Mientras, hay quienes postulan que las normas generales del Código Penal se aplicaran sólo en caso de que las leyes especiales no contemplen una regulación específica de los aspectos generales del delito (tentativa, error, autoría y participación, etc.).
6. El principio de extensión del artículo X del Título Preliminar del Código Penal reconoce una aplicación preponderante y a la vez supletoria de las normas generales. En el caso de principios constitutivos del Derecho penal recogidos en el Título Preliminar, estos principios priman sobre cualquier legislación especial. En cambio, si se trata de aspectos generales del delito o de la pena, se acepta una regulación especial. En aquellas cuestiones que la legislación penal especial no se pronuncie, se estará supletoriamente a lo establecido por la Parte General del Código punitivo.

§ 12. OTROS PRINCIPIOS DE CARÁCTER PENAL NO PREVISTOS EN EL TÍTULO PRELIMINAR

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, reconoce otros principios de carácter penal distintos a los actualmente consagrados en el Título Preliminar del Código Penal. El Tribunal Constitucional ha reconocido, entre éstos, el principio de aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto de leyes penales, el principio de no ser condenado en ausencia, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo, el principio de presunción de inocencia, entre otras⁶⁴³. Vale la pena referir que el Tribunal Constitucional también ha reconocido el principio *non bis in idem*, aunque como garantía incorporada a los principios procesales penales⁶⁴⁴. No obstante ello, ha advertido en él un rol bidimensional, como garantía procesal y, a su vez, como garantía material. Lo cual, lo incorpora en el debate de los principios materiales no recogidos por el Título Preliminar del Código Penal.

643 Expediente N° 0012-2006-PI/TC de 20 de 12 de 2006.

644 Expediente N° 0012-2006-PI/TC de 20 de 12 de 2006.

La doctrina ubica entre los principios penales de carácter sustantivo no reconocidos de modo expreso en el Título Preliminar del Código Penal que sirven para limitar el *ius puniendi* del Estado principalmente a los principios de dignidad⁶⁴⁵, igualdad⁶⁴⁶, retroactividad benigna⁶⁴⁷, intervención mínima o necesidad⁶⁴⁸, *última ratio* o subsidiariedad⁶⁴⁹, fragmentariedad⁶⁵⁰, racionalidad y humanidad de las penas⁶⁵¹,

645 Código Penal de Colombia. Artículo 1.- Dignidad Humana. El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana. Código Penal de Honduras Artículo 2.-B.- Toda persona a quien se atribuya un delito o falta tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán, en consecuencia, imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen tratos inhumanos o degradantes. Código Penal de Salvador. Artículo 2.- Toda persona a quien se atribuya delito o falta, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

No podrán imponerse penas o medidas de seguridad, que afecten la esencia de los derechos y libertades de la persona o que impliquen tratos inhumanos o degradantes. Código Penal de Nicaragua. Artículo 4.- Principio de la dignidad humana.- El estado garantiza que toda persona a quien se atribuya delito o falta penal tiene derecho a ser tratado en el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. No podrán imponerse penas o medidas de seguridad que impliquen torturas, procedimiento o tratos inhumanos, crueles, infamantes o degradantes. Código Penal de Panamá. Artículo 1.- En este código tiene como fundamento el respeto a la dignidad humana.

646 Código Penal de Bolivia. Artículo 5.- La ley penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de diez y seis años. Código Penal de Colombia. Artículo 7.- La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo. .13 de la Constitución Política.

647 El artículo 103, segundo párrafo de la Constitución señala: “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...). Ello está también consagrado en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil: “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú” y en el artículo 6 del Código Penal: “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”. El principio significa que la ley aplicable es la vigente al momento de comisión del delito y no lo posterior, salvo que sea más favorable. De modo que, “se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal (penas, características de los tipos de los injusto, etc.) cuando son desfavorables. Por el contrario, si son favorables, la Constitución ordena aplicarlas retroactivamente (retroactividad benigna)”. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 91.

648 Código Penal de Panamá. Artículo 3.- “La legalidad penal solo debe intervenir cuando no es posible utilizar otros mecanismos de control social. Se instituye el principio de su mínima aplicación”. El principio de intervención mínima o mínima intervención o principio de necesidad significa que la imposición de una pena sólo se justifica si resulta necesaria para la subsistencia de la sociedad, “pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado Derecho”. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., pp. 91-92.

649 El principio de *última ratio* o *extrema ratio* significa que “sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”. Ibid. p. 93.

650 El carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas, sino las que revisten mayor entidad. Ibid. p. 94.

651 El artículo 139, incisos 21 y 22, de la Constitución establecen, respectivamente: “El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados” y “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. El artículo VIII, segundo párrafo del Título Preliminar del Anteproyecto del Código Penal de 2004, dispone: “La pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de (...) Humanidad”. Como se ha dicho, la “amarga necesidad” que tiene la sociedad de recurrir al Derecho penal implica conceder al Estado la posibilidad de privar temporalmente del derecho a la libertad ambulatoria a una persona, más no avala una agravación mayor, ni crueldad, ni trato degradante o humillante. Éstos son simplemente incompatibles con el rol que ocupa el individuo en el modelo de nuestro Estado. “Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto. Se debe buscar una pena humanitaria en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos”. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 107.

primacía los derechos humanos⁶⁵², protección a la diversidad cultural⁶⁵³, protección de la víctima⁶⁵⁴, implementabilidad de la ley penal⁶⁵⁵, representación popular⁶⁵⁶, respuesta no contingente e idoneidad⁶⁵⁷.

Por su parte, la jurisprudencia se ha mostrado a favor de reconocer validez en varios de los principios sustantivos desarrollados por la doctrina. La Sala Penal Transitoria de Huaura en sentencia recaída en el Expediente N° 2000-1711 FL. 475, de fecha 16 de agosto de 2007 sostuvo que: La Cuarta Sala Penal Con Reos Libres de la Corte Superior de Lima en la sentencia recaída en el Exp. N° 1325-07-Lima, expedida en fecha 19 de agosto de 2008 señaló que: “La naturaleza del derecho penal es ser última ratio de la política social, y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos, de modo tal que sólo se le puede hacer intervenir cuando no

652 Código Penal de Colombia. Artículo 2.- Integración. “Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este código”. Código Penal de Panamá. Artículo 5.- “Las normas y los postulados sobre derechos humanos que se encuentren consignados en la constitución política y en los convenios internacionales vigentes en la República de Panamá son parte integral de este código. Además, son mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”. Este principio busca garantizar la vigencia del Derecho de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario así como de las garantías constitucionales de las personas frente al accionar del poder penal por parte de las agencias punitivas. Se trata de asegurar esas garantías fundamentales en el proceso de criminalización primaria y secundaria. Está vinculación al principio de preferencia de las normas de derechos humanos y constitucionales sobre normas ordinarias en caso de incompatibilidad (artículo 138, segundo párrafo Constitución política) Así por ejemplo, la colisión entre el artículo 30, numeral 1 del Código Penal que establece la pena de expatriación de nacionales y el artículo 22, numeral 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo”). En este caso, debe primar la norma internacional. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 118

653 Existen instrumentos internacionales dedicados a los derechos de los indígenas como el Convenio N° 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales adoptado en 1957. Posteriormente se aprobó el convenio N° 169. La Constitución reconoce que el Perú es un país pluricultural y ordena que el Estado respete la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (artículo 89, in fine). El respeto y protección a las autonomías culturales se constituye como un límite funcional al poder penal que respete los derechos humanos de los individuos integrantes de los diferentes grupos étnicos en relación a sus tradiciones, costumbres, etc. Así en relación con la diversidad cultural, este principio puede cumplir una doble función: sujetos que son seleccionados y criminalización por el sistema penal a quienes debe Juzgárseles en consideraciones a su cultura y costumbres y, sujetos que son Juzgados por sus propias comunidades, en el marco de su modelo de solución de conflictos propios de su Cultura. En el Código Penal peruano una expresión de este principio se refleja en los artículos 15 y 45. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 119.

654 Dicho principio significa que las víctimas serán tratadas con respeto a su dignidad y tendrán derecho a la pronta reparación del daño que hayan sufrido, de manera que se reforzarán los mecanismos judiciales y administrativos que les permitan obtener reparaciones incluso del Estado cuando el agresor es funcionario Público. También se tiende a garantizar su seguridad, el derecho de información, la asistencia gubernamental o voluntaria, la capacitación a funcionarios del Sistema penal para que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 119

655 Al respecto, VILLAVICENCIO refiere que éste consiste en “adecuar los programas legislativos a los recursos existentes o que se otorguen al sistema penal a través de una eficiencia implementación administrativa”. Ello en respuesta a que “el sistema penal es una organización que funciona selectivamente, pero no sólo porque reproduce las desigualdades de la sociedad que origina que los seleccionados sean mayoritariamente y casi exclusivamente pertenecientes a los sectores sociales más marginados, sino también porque la selección que realiza sólo alcanza a una parte muy reducida de infractores de la ley”. Lo cual general, “cifra negra de criminalidad”, o sea que “el poder penal se ejecuta a través del sacrificio simbólico del condenado a quien realmente podríamos considerar como chivo expiatorio, mientras que una gran cantidad de infractores permanecen impunes”. Ibid., pp. 120-121.

656 El mismo es referido por VILLAVICENCIO como el respeto que debe observarse al momento de legislar de todos los principios inherentes al Estado de Derecho: pluralismo democrático, asociación de partidos políticos, etc.. De modo que , “en este sentido la ley penal debe ser creada por el Poder Legislativo con representación popular. Las leyes penales dictadas al margen popular de este principio sólo podrían ser reconocidas si benefician a los infractores y siempre que no impliquen un beneficio calculado para quienes usurpen el poder”. Ibid. p. 121.

657 Éste es referido como la exigencia de efectuar una labor concienzuda para determinar la respuesta pena a los conflictos sociales, traducida el debate parlamentario, y discusiones públicas, “de forma tal que se ejercite una contención a la llamada ‘administrativización’ del Derecho Penal”. Incluso, “a fin que, de ser necesario, se dicte la inconstitucionalidad del dispositivo legal”. Ibid., pp. 121-122.

existan otros medios de solución social del problema, ello en atención a lo dispuesto en el artículo primero del Título Preliminar del Código Penal”⁶⁵⁸. “La conducta del acusado se encuentra prevista y penada en los artículos 188 y 189 incisos 2,3 y 4 del Código Penal, modificado por la ley N°. 27472, que impone una pena privativa de la libertad no menor de diez, ni mayor de veinte años, norma penal que le es aplicable al procesado, por ser más favorable que el Decreto Legislativo N° 896, que imponía la pena privativa de libertad, no menor de quince ni mayor de veinticinco años, en cuya vigencia se cometió el delito”⁶⁵⁹, entre otros.

No obstante lo anterior, se observa que varios de los principios referidos anteriormente no son precisamente principios sustantivos limitadores del *ius puniendi*, sino principios del Derecho de carácter general cuya aplicación es necesaria en todas las ramas del ordenamiento jurídico: dignidad, igualdad, primacía los derechos humanos y no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; o principios de carácter procesal, adjetivo o formal: *in dubio pro reo*, prohibición de condena en ausencia, presunción de inocencia; o principios incorporados en otros de mayor envergadura: intervención mínima, *última ratio*, fragmentariedad (principio de lesividad) e irracionalidad y humanidad de las penas (principio de proporcionalidad); o, incluso, normas rectoras de la política criminal: protección a la diversidad cultural, implementabilidad de la ley penal, representación popular, respuesta no contingente e idoneidad. De modo que, aquellos que califican de modo apropiado como principios limitadores del *ius puniendi* no consagrados en el Título Preliminar del Código Penal son los principios de retroactividad benigna, *non bis in idem* y protección de la víctima.

II. CONCEPTO

2.1. Principio de retroactividad benigna

El principio de retroactividad benigna consiste en una excepción al principio general de irretroactividad de la ley y al principio de legalidad, a través del cual se permite que una ley expedida en un momento posterior entre en vigor para regir respecto a hechos ocurridos en un período anterior a su promulgación y que estuvieron sujetos a una ley previa y de distinto contenido, en la medida que se trate de leyes de carácter penal y siempre que la ley posterior resulte más favorable para el reo. El fundamento que sostiene la retroactividad de la ley penal más favorable debe verse en la ausencia de interés por parte del Estado, ya sea en castigar determinadas acciones o en aplicarles una penalidad más gravosa, es decir, en definitiva, razones político-criminales. Hipótesis en las que puede surgir la ley más favorable: Despenalización de ciertas conductas; Modificaciones producidas por la nueva ley, pueden ser que se restrinja la conducta delictiva o se reduzca la pena (no sólo disminuyendo la pena privativa de libertad sino también imponiendo otro tipo de pena como la restricción de días libres). La aplicación del principio de la ley más favorable se puede dar dentro del proceso que se está siguiendo como posterior a la sentencia⁶⁶⁰.

658 En: Jurisprudencia Penal de la Corte Superior (2006-2008). Últimos precedentes en materia penal. Procesal Penal y de Ejecución Penal. Ed. Gaceta Jurídica, Lima 2009, p. 9.

660 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, Manual de Derecho Penal, Op. cit, p. 119.

2.2. Principio de protección de la víctima

El principio de protección de la víctima cuyo desarrollo y postulación son una construcción de reciente data significan el reconocimiento de aquella tanto en el ámbito penal sustantivo como en el ámbito procesal penal, que exige en el primero de ellos admitir que la víctima debe ocupar un lugar en el concepto de delito, así como, que la reparación del daño no puede limitarse a los aspectos estrictamente económicos de la reparación civil, sino que es necesario reconocer la satisfacción de las expectativas de la víctima de acceder al conocimiento de la verdad sobre los hechos y obtener la determinación de las correspondientes responsabilidades ejemplificadas en un veredicto de condena en términos abstractos, a fin de acceder al reestablecimiento fáctico, simbólico de la situación anterior al delito⁶⁶¹, mientras que en el plano estrictamente procesal significa la permisión de que el ofendido participe del proceso penal contando con un estatus propio a su condición, por ejemplo, gozando de medidas que garanticen su seguridad personal y en el marco de un proceso llevado en “igualdad de armas”. Ello es producto del reconocimiento del problema suscitado con “la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima”⁶⁶², que se traduce en que el desarrollo sólido del principio de lesividad que impide considerar como delito cualquier conducta que no implique una lesión a un bien jurídico, cuyo núcleo mínimo exige “lesividad social”, no ha llevado consigo ninguna mejora para la víctima en el concepto de delito y más bien una pérdida de ámbitos de protección, lo cual se manifiesta en que los Códigos penales ofrezcan definiciones de infracción penal que marginan a las víctimas: trata de acciones y omisiones del autor delito y de la lesión de un interés jurídico tutelado por el Estado siendo éstos lo único “penalmente relevante”.

2.3. Principio de *non bis in idem*

El principio *non bis in idem* contiene una doble configuración de carácter sustantivo o material como también presenta connotación formal o procesal. El contenido material del *non bis in idem* significa la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo. Ello se traduce en el enunciado “nadie puede ser castigados dos veces por lo mismo”. Lo mismo se corrobora con la verificación del supuesto de triple identidad entre identidad de la persona perseguida, identidad del hecho e identidad del fundamento de la persecución. La vertiente procesal del *non bis in idem* consiste en la imposibilidad de iniciar un proceso penal sobre la base de una imputación respecto a la cual ya fue objeto de debate y decisión en un proceso anterior con calidad de cosa juzgada. Debido a una causa penal pasada en autoridad de cosa juzgada, no se puede tramitar nuevamente una misma causa penal contra el autor⁶⁶³. Esto se hace extensivo también a la investigación fiscal respecto a las decisiones finales que se

661 CAFFERATA NORES, José, Proceso Penal y Derechos Humanos, Ed. Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 53. BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 95-102.

662 ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal, Op. cit., p. 207. El mismo sostiene que la historia del bien jurídico principalmente, entre otros factores, “han contribuido a hacer de la víctima del delito también una víctima de la dogmática de la teoría del delito” Entre estos, factores ESSER señala: “la fijación primordial en el autor que se ha constituido en línea rectora de la evolución reciente del Derecho penal y de los esfuerzos en materia de reforma” Ibid, p. 207

663 NAUCKE, Wolfgang, Derecho penal. Una introducción, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006. p. 205

emiten en última instancia y que adquieren la calidad de cosa decidida fiscal⁶⁶⁴. Ello es consecuencia de que no resulta armonioso con un Estado social y democrático de Derecho sancionar o procesar por partida doble a una persona imponiéndole una doble carga coactiva.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1. Principio de retroactividad benigna

Código Penal de Argentina

Art. 2.- Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

Código Penal de Bolivia

Artículo 4.- Nadie podrá ser condenado o sometido a medida de seguridad por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sujeto a penas o medidas de seguridad penales que no se hallen establecidas en ella. Si la ley vigente en el momento de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al dictarse el fallo o de la vigente en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más favorable. Si durante el cumplimiento de la condena se dictare una ley más benigna, será ésta la que se aplique. No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia.

Código Penal de Colombia

Art. 6.- Legalidad

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistente de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

664 Exp. N° 2725-2008-PHC/TC – Lima Caso Roberto Boris Chauca Temoche y otros de fecha 22 de septiembre de 2008; Expediente N° 05090-2008-HC-Lima Caso Manuel Ángel Martín Del Pomar Saettonne, de fecha 18 de junio de 2009; Expediente N° 01887-2010-HC-Lima, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, de fecha 24 de septiembre de 2010.

La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Código Penal de Ecuador

Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada.

Código Penal El Salvador

Artículo 14.- Si la ley del tiempo en que fue cometido el hecho punible y las leyes posteriores sobre la misma materia, fueren de distinto contenido, se aplicarán las disposiciones más favorables al imputado en el caso particular que se trate.

Artículo 15.- Si la promulgación de la nueva ley cuya aplicación resultare favorable al Condenado se produjere antes del cumplimiento de la condena, deberá el tribunal competente modificar la sentencia en lo relativo a la pena, de acuerdo a las disposiciones de la nueva ley.

Si la condena hubiere sido motivada por un hecho considerado como delito por la legislación anterior y la nueva ley no lo sanciona como tal, se ordenará la inmediata libertad del reo, quien gozará del derecho de rehabilitación.

Código de Guatemala

Artículo 2.- Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicará aquélla cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquél se halle cumpliendo su condena.

Artículo 3.- La ley excepcional o temporaria se aplicará a los hechos cometidos bajo su vigencia, aun cuando ésta hubiere cesado al tiempo de dictarse el fallo, salvo lo dispuesto en el artículo 2.

Código Penal de Nicaragua

Artículo 2.- Principio de irretroactividad.- La ley penal no tiene efecto retroactivo, excepto cuando favorezca al reo. Si con posterioridad a la comisión de un delito o falta, entra en vigencia una nueva ley, en el caso particular que se juzgue, se aplicará la que sea más favorable al reo. Este principio rige también para las personas condenadas, que estén pendientes de cumplir total o parcialmente la condena. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ella, salvo que de la ley posterior se desprenda inequívocamente lo contrario.

Código Penal de Venezuela

Artículo. 2.- Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentenciado firme y el reo estuviere cumpliendo la condena

3.2. Principio de protección de la víctima

Código Penal de Nicaragua

Artículo 5.- Principio de reconocimiento y protección de la víctima

El Estado garantiza a toda persona que ha sido víctima de un delito o falta penal el reconocimiento y protección de sus derechos y garantías, entre ellos, a ser tratada por la justicia penal con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3.3. Prohibición de doble incriminación.

Código Penal de Colombia

Artículo 8.- A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

IV. FUENTE CONSTITUCIONAL

4.1. Principio de retroactividad benigna

El principio de retroactividad benigna se encuentra contemplado de modo expreso en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado en vigor que establece de modo literal que “(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)”⁶⁶⁵. El principio de retroactividad se fundamenta en el principio de favorabilidad en materia penal. Este en el texto constitucional en vigor encuentra plena cabida e irradia sus efectos también hacia otros dos principios, en el *in dubio pro reo*, previsto en el artículo 139, inciso 11) de la Ley Fundamental: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”; así como en la proscripción de la analogía *in malam partem* de la ley penal y de las normas que restringen derechos consagrado en el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política como principio de la función jurisdiccional: “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restrinjan derechos”⁶⁶⁶. Al respecto, BERNALES BALLESTEROS, sostiene que al comentar el artículo 139, inciso 11 de la Carta Magna que se trata del *in dubio pro reo*, “que se aplica tanto en la duda sobre los problemas de hecho, como en caso de falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso” y que: “Esta norma es complementaria con otras dos. En primer lugar se condice con la inaplicabilidad por analogía de la ley penal (inc. 9, artículo 139), (...) En segundo lugar, con el artículo 103 en su segunda parte, cuando señala que ‘ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo’[texto modificado por la Ley N° 28389 *Vid Supra*]. Aquí opera lo que en la doctrina penal se conoce como la retroactividad benigna”⁶⁶⁷.

4.2. Principio de protección de la víctima

El principio de protección de la víctimas del delito es producto básicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular, de la justicia supranacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica en el Caso Bueno Alves Vs. Argentina, Sentencia de 11 de mayo de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas), ha sostenido de modo claro que: “En definitiva, el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa (...) en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfaga las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido(FJ 90)”⁶⁶⁸. En ese sentido, CAFFERATA NORES sostiene que la justicia supranacional ha determinado que dentro del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima del delito se encuentra la

665 El artículo 103 de la Ley Fundamental de 1993 fue modificado por el artículo 2 de la Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre de 2004, ya que la parte correspondiente a los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo en el texto original de dicho artículo establecía: (...) “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

666 Vid Supra nuestros comentarios sobre el principio de prohibición de la analogía *in malam partem* de la ley penal.

667 BERNALES BALLESTEROS, Enrique, Op. cit., p. 651

668 Cfr. Caso del Penal Miguel Castro Castro, supra nota 14, párr. 347; Caso Vargas Areco, supra nota 14, párr. 81; Caso Goiburú y otros, supra nota 15, párr. 164 y 165, y Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia). Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 137, 139 y 141.

obligación del Estado de garantizar justicia a los agraviados, permitiéndoles que participen en la persecución penal a fin de obtener una investigación judicial que termine con la identificación y sanción de los responsables. En base a esta consideración, el Derecho penal también a la para de la tutela de bienes jurídico protege los intereses concretos de la víctima⁶⁶⁹. De modo que, el principio de protección a la víctima es producto del trabajo de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos. La misma que sobre la base de los artículos 7 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2; inciso 3 párrafo 14 inciso 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras normas *pro homine*⁶⁷⁰, cuyo contenido esencial en nuestro ordenamiento jurídico constitucional está contenido en el principio del debido proceso y el acceso a la tutela judicial efectivo, previsto en el artículo 139, inciso 3 de la Ley Fundamental de 1993, ha determinado el reconocimiento del principio de protección de la víctima del delito, en virtud de la cual, como derechos sustantivos a favor de la víctima del delito, conjuntamente con el derecho a la reparación⁶⁷¹-que no es nuevo, ni discutido-se erigen el derecho a la verdad y el derecho a la obtención de una decisión judicial justa en términos materiales, así como un conjunto de derechos procesales relacionados a la misma⁶⁷².

4.3. Principio *non bis in idem* material

El principio *non bis in idem* en su vertiente material no se encuentra previsto de modo expreso en el texto de la Ley Fundamental de 1993. No obstante, el Tribunal Constitucional en STC Exp. N.º 2050-2002-AA/TC – Lima, Caso Carlos Israel Ramos Colque, de fecha 16 de abril de 2003, FJ 19 literal a), segundo párrafo, lo ha constitucionalizado vinculándolo a los principios de legalidad y proporcionalidad: “El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 6)— a la necesidad de garantizar a

669 José I. Cafferata Nores, Proceso Penal y Derechos Humanos Pagina 50, Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires Argentina. 2000, p. 50-53.

670 La Tercera Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativa al tratamiento de prisioneros de guerra, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículos 87.3, 89 y 108. La Cuarta Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativa al tratamiento de prisioneros de guerra, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículo 32, 118 y 119. De forma más general, el artículo 75 del Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra establece que el castigo corporal es y debe permanecer prohibido en cualquier momento y en cualquier lugar, ya sea cometido por civiles o por agentes militares (Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra relativa a la Protección de Víctimas de Conflictos Internacionales Armados, 1125 U.N.T.S. 3, en vigor el 7 de diciembre de 1978, artículo 75.2b). Ver también artículo 11.4. El artículo 4 del Protocolo Adicional II de la Convención de Ginebra prohíbe los castigos corporales en cualquier momento y lugar. (Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional. 8 de junio de 1977).

671 “Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores (FJ 123)” Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, Caso Caesar Vs Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de enero de 2005.

672 Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Título Preliminar. Artículo IX. Derecho de Defensa:

“(…) 3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”.

los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido⁶⁷³. El mismo criterio ha sido mantenido por el Tribunal Constitucional en la STC N° 2725-2008-PHC/TC-Lima, Caso Roberto Boris Chauca Temoche y otros, de fecha 22 de septiembre de 2008; STC (FJ 14); STC N° 0590-2008-HC-Lima, Caso Manuel Ángel Martín del Pomar Saettone, de fecha 18 de junio de 2009, STC N° 01887-2010-HC, Lima, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, de fecha 24 de septiembre de 2010, entre otras⁶⁷⁴.

V. CONTENIDO

5.1. Principio de retroactividad benigna

Las leyes penales no tienen vocación de eternidad, por lo cual, resulta lógico que con el transcurso de tiempo resulten derogadas o modificadas⁶⁷⁵. El artículo 6 del Código Penal de 1991 establece que: “La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción

673 El Tribunal Constitucional respecto al principio non bis in idem procesal en la misma STC ha señalado en el FJ 18: “El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del ne bis in idem “procesal”, está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas (...): 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. La Corte Internacional de Derechos Humanos de San José de Costa Rica lo reconoció como una de las garantías básicas del proceso penal, al aplicar el art. 8.4. CADH, en el caso peruano “Loayza Tamayo”, en el que se señaló que se había violado dicha garantía al juzgarse a la imputada en la Jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la Jurisdicción militar.

674 “En un fallo del 30 de enero de 1981, cuya doctrina luego se reiteró en varias ocasiones, el Tribunal Constitucional español señaló que el principio ne bis in idem se hallaba íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad previstos por el art. 25.1, de la Constitución Española, posición que ha sido apoyada por la doctrina, entre la que se encuentra BUSTOS RAMIREZ, quien ha señalado que la razón que da soporte al ne bis in idem dentro del principio de legalidad es que al tener que ser la ley estricta no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena. El 27 de noviembre de 1985, dicho tribunal agregó que el principio también se enmarcaba en la presunción de inocencia, prevista por el art.24.2, CE, ya que la coexistencia de dos procesos deja abierta la posibilidad, contraria a derecho, de que un mismo hecho, sucesiva o simultáneamente, exista y deje de existir para los órganos del Estado. GARCÍAS PLANAS indica que si bien el principio no se halla regulado de una manera expresa en la LEC, debe considerarse incluido dentro del concepto de “cosa juzgada” como artículo de previo pronunciamiento, recogido en el art. 666.2 de dicho ordenamiento. Finalmente, el 6/5/87, el mencionado tribunal señaló que aunque el cauce de revisión (art.954.4, LEC) en materia de cosa juzgada contraría el principio del ne bis in idem no deja de ser una solución justa, humana y equitativa”. BERTELOTTI, Mariano, El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada; en: HENDLER, Edmundo S., Las garantías penales y procesales, Enfoque histórico-comparado, Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, p. 121. En el Perú, existen autores que consideran que el non bis in idem tiene reconocimiento constitucional en el artículo 139.13 de la Constitución de 1993 (“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)”) Vid por todos REYNA ALFARO, El proceso penal aplicado conforme al nuevo Código Procesal Penal del 2004, Op. cit., p. 264.

675 GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, Parte General, Op. cit., , p. 176

se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”. La retroactividad benigna no es en realidad una norma cualquiera, sino un principio limitador del *ius puniendi* y, en esa medida, su ubicación debería encontrarse como ocurre en la legislación comparada conjuntamente con el principio de legalidad en el Título Preliminar del Código Penal.

El principio de irretroactividad de la ley es un principio general procedente del Estado de Derecho. En materia penal, el mismo está contenido dentro del principio de legalidad en materia penal, puesto que en caso que éstos no existiesen, el Estado tendría “carta abierta” para introducir delitos o agravar las conminaciones penales a futuro. En tal sentido, BRAMONT-ARIAS TORRES sostiene que: “Conforme al principio de irretroactividad, al hecho se aplica la ley que rige al tiempo de su comisión –*tempus regit actum*–, Desde que que es puesta en vigor, cumplimos los actos de sanción, promulgación y publicación y vencido el plazo para su entrada en vigencia, la ley penal pasa a regir todos los actos que caen dentro de su dominio y así prosigue hasta que deja de existir, por su derogación o abrogación. Entre esos dos límites, su entrada en vigor y su extinción, se extiende su validez en el tiempo. No alcanza los hechos que le son anteriores o posteriores: no retrotrae ni tiene ultractividad”⁶⁷⁶. Por tanto, el principio de irretroactividad establece que no se aplica la ley anterior ni la posterior, sino la concomitante con la ejecución del hecho punible; y si la ley penal tiene que estar vigente en el momento de la comisión, significa que tuvo que ser expedida y publicada con anterioridad (artículo del 107 al 109 de la constitución)⁶⁷⁷.

El principio de retroactividad benigna en materia penal constituye la única excepción al principio de irretroactividad de la ley. El establecer la retroactividad de la ley más favorable, según lo cual se aplica la ley posterior cuando es más benigna que aquella vigente al tiempo de la comisión del hecho, nos lleva a que el juez en el momento de emitir su resolución –sentencia o auto– se encuentra ante un conflicto de leyes penales en el tiempo, existente entre la ley vigente en el momento de la comisión del hecho punible y la ley vigente en momento de su aplicación judicial; en estos casos debe aplicar esta última si es más favorable. El fundamento de esta disposición de rango constitucional es que si político-criminalmente resulta que para el legislador la conducta delictiva ya no es merecedora de una sanción tan elevada, no tendría sentido castigar a una persona tan drásticamente⁶⁷⁸. La fundamentación de la retroactividad de la ley favorable se basa en criterios políticos criminales, pues el legislador decide no sancionar una determinada conducta o reducir su intensidad. Resulta más justo aplicar las nuevas leyes penales más favorables para el inculpa-

676 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Aplicación de la ley penal vigente –retroactividad favorable de la ley penal, en: AAVV., Código Penal comentado, Ed. Gaceta Jurídica, 2004, Lima, p. 312.

677 “El principio de irretroactividad de la ley penal tiene un doble fundamento: penal y constitucional. El fundamento penal consiste en que la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles, imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena, esto es, quiere motivar al autor y esto solo se consigue con una ley preexistencia a la decisión del autor. Esta función de prevención general del Derecho Penal está recogida en el artículo I del Título Preliminar del Código Penal, por lo que no se podrá atribuir a una persona responsabilidad penal si, cuando realizó su conducta, la ley no la definía como delito. El fundamento constitucional reside en que la seguridad jurídica y, por lo tanto, la libertad, requieren la posibilidad de conocer las acciones prohibidas y las acciones permitidas y esto solo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción”. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Aplicación de la ley penal vigente –retroactividad favorable de la ley penal, en: AAVV., Código Penal comentado, Op. cit, p. 313.

678 Ibid, p. 313-314.

a los hechos anteriores a la vigencia de dicha ley, inspirándose en razones humanitarias, y esencialmente en el principio de proporcionalidad de necesidad de la pena. De esta manera, resulta innecesaria la aplicación de la pena más rigurosa de la ley derogada⁶⁷⁹.

El principio de la retroactividad de la ley más favorable encuentra su excepción en el principio de la ultractividad de las leyes temporales y excepcionales. Leyes temporales son aquellas que, a causa de circunstancias especiales, son dictadas expresamente para regir por un lapso determinado, por lo que rigen para los hechos cometidos durante su vigencia aun vencido el plazo para el cual fueron dictadas. La doctrina discute si igual principio es aplicable a las leyes excepcionales o extraordinarias, que, si bien han entrado en vigor en razón de circunstancias especiales, no han prefijado en su texto el tiempo de su vigencia⁶⁸⁰. De acuerdo con esta disposición, dichas leyes “se aplican a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieren en vigor, salvo disposición en contrario”. Admitir el criterio opuesto significaría desvirtuar los alcances de las leyes temporales y constituiría una fuente de iniquidades, puesto que la imposición de las penas conforme a sus disposiciones se haría depender de la celeridad del procedimiento en cada caso particular. Además, en los últimos días de su vigencia, perderían su eficacia. Los delincuentes esperarían este periodo para, de ser detenidos y juzgados, escapar a la severidad de las sanciones penales. De esta manera, el objetivo de la prevención general, que casi siempre motiva esta clase de leyes, no podría ser alcanzado. El principio de la ley más favorable es, por el contrario, aplicable en relación con los actos anteriores a la puesta en vigencia de la regla temporal y, así mismo, en caso de sustitución de ésta por una norma aún más severa⁶⁸¹.

En referencia a la ley penal intermedia- aquella que no estaba vigente en el momento de la comisión del hecho punible ni tampoco en el momento de la aplicación judicial- también es aplicable, si es más favorable, sobre la base del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. En este tema hay unidad de criterio entre la doctrina, incluso se establece que si la ley penal intermedia no sanciona el ilícito penal, entonces el sujeto debe quedar exento de pena. El principio de retroactividad de la ley penal más favorable incluso se aplica en la fase de ejecución de la sanción- esto es, cuando incluso ya existe una sentencia firme y luego se modifica el dispositivo legal-. Este tema en doctrina es discutido, pero en nuestro ordenamiento jurídico está expresamente previsto en el artículo 6 segundo párrafo al indicarse. “si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley⁶⁸²”. La interpretación correcta debería llevar, por el contrario, a invertir esta relación en el sentido de aceptar la aplicación de la ley posterior (incluida la ley intermedia), siempre y cuando no sea más grave que la vigente al momento del hecho

⁶⁸³

5.2. Principio de protección de la víctima

679 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal, Parte General, Op. cit., p. 177.

680 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Aplicación de la ley penal vigente –retroactividad favorable de la ley penal, Op. cit., p. 314.

681 HURTADO POZO, José, Manual de Derecho Penal, Parte General, Op. cit., pp. 323-324.

682 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto, Aplicación de la ley penal vigente –retroactividad favorable de la ley penal, Op. cit., p. 314.

683 GARCIA CAVERO, Percy, Derecho penal económico, Parte General, Op. cit., p. 184

El daño ocasionado con la producción de un delito no se repara íntegramente con la entrega de una cantidad de dinero. El Derecho penal más allá de admitir la reparación económica del perjuicio ocasionado a la víctima con la comisión de un delito debe tutelar el derecho de ésta al conocer la verdad y obtener una decisión justa. La búsqueda de la justicia se refleja en la aplicación de la ley penal al delincuente. En los últimos años, la víctima ha recuperado un rol central en el sistema penal. Ello presenta diversas manifestaciones, tanto sustantivas, como la ampliación del concepto de la reparación del daño, como procesales, por ejemplo, la mayor participación de la víctima en el proceso y la facultad del control de la prueba que se produce dentro del mismo⁶⁸⁴.

La tutela penal debe incluir un nuevo concepto de reparación del daño producido por el delito. El mismo no está circunscrito a la restitución de la cosa o a la indemnización del lucro cesante o el daño emergente. Por el contrario, la reparación debe contener otros mecánicos, el restablecimiento fáctico o simbólico de la situación anterior al delito, incluyendo la facultad de que la víctima conozca la verdad de los hechos obteniendo una decisión judicial que no sea otra que la justa y merecida. En los últimos años, la importancia del rol de la víctima para el Derecho penal se aprecia en el vertiginoso crecimiento de la victimología; “del inglés *victim* = víctima, o sea, caracterizada como teoría de las relaciones reales entre el autor y la víctima del hecho punible”, que como refiere acertadamente NAUCKE, pregunta: “¿Qué papel juega la víctima para la decisión de cometer un hecho punible y para el cuadro de apariciones de los hechos punibles?”⁶⁸⁵

Al respecto, ESER, postula tres líneas directrices a seguir en el objetivo de emprender una verdadera reforma dirigida a alcanzar un equilibrio adecuado entre los intereses generales del Estado representados por “la exaltación del bien jurídico” y los intereses particulares que legítimamente corresponden a la víctima del delito : “Primera: Al igual que el autor está presente en el concepto del delito a través de su acción antijurídica y culpable, junto a la lesión general del bien jurídico que queda expresada en la antijuricidad debe estar contenida en el concepto de delito la lesión individual de intereses de la víctima afectada: sólo de ese modo, por lo demás, podrá explicarse por qué y en qué medida la corresponsabilidad de la víctima puede conducir a una disminución o exclusión del injusto. Cuál sea la vía para alcanzar esa inclusión de la lesión individual –por ejemplo, a través de un concepto de bien jurídico con un elemento de injusto individual – es de relevancia secundaria, al tratarse de una cuestión meramente de construcción sistemática. Tampoco el hecho de que puedan existir delitos en los que no ha víctima individual, por tratarse de lesión de un bien jurídico meramente colectivo, constituye una razón para privar a la lesión individual de intereses –cuando ésta ocurre- de la atención que le corresponde en cuanto elemento del injusto. Segunda: tal concepción dual –institucional-individual- del delito es relevante también para el concepto de pena. Especialmente, esta perspectiva permite explicar con facilidad la reparación como parte de la sanción: pues si el injusto debe entenderse de modo dual como lesión general del Derecho y lesión individual de intereses concretos igualmente la correspondiente

684 BOVINO, Alberto, Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 94 y ss.

685 NAUCKE, Wolfgang, Op. cit., p. 53 Cfr. ESER, Albin, Temas de Derecho penal y procesal penal, Op. cit., p. 211.

sanción necesita, más allá de finalidades generales-estatales, también de la reparación individual (...) Tercera: este anclaje de la víctima en la concepción del delito y de la pena también conlleva consecuencias para el proceso penal. Si (también) en el proceso penal se trata de obtener la reparación de un injusto individual, una adecuada participación de la víctima en el proceso no debe entenderse como una mera concesión, sino como un derecho originario, configurándose de modo correspondiente a esta comprensión.⁶⁸⁶

En el plano del Derecho sustantivo el reconocimiento del principio de protección de la víctima resulta incipiente y se aprecia con severas limitaciones en el Código Penal. Por ejemplo, un atisbo del mismo se aprecia en el artículo 20, inciso 10 del Código punitivo, que establece, como causa de justificación: “El que actúa con el consentimiento válido del titular del bien jurídico de libre disposición”. Igualmente, en lo relacionado con la determinación de la pena, el Código Penal establece que “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen” deben ser tomados en cuenta por el juez (artículo 45, inciso 3), mientras que “la reparación espontánea que hubiera hecho del daño” (artículo 46, inciso 9), constituye un factor para determinar la pena concreta al autor del delito, constituyendo un deber impuesto al juzgador “tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima” (artículo 46, *in fine*). Por su parte, en lo que respecta a las causas de extinción de la acción penal, el artículo 78, inciso 3 del Código Penal, que: “En los casos que sólo proceda la acción privada, ésta se extingue además de las establecidas en el numeral 1, por desistimiento o transacción”. El Anteproyecto de Código Penal de 2004 tuvo la acertada idea de incorporar en el artículo VIII del Título Preliminar de modo expreso el principio de protección de la víctima, conjuntamente con los principios de proporcionalidad, humanidad y necesidad para la imposición de la pena y medida de seguridad. Lamentablemente, esta opción fue abortada en el Anteproyecto de 2009.

No obstante, en nuestro medio, el reconocimiento del principio de protección de la víctima se aprecia sobre todo en el Derecho procesal penal. El nuevo Código Procesal Penal del 2004, en el artículo IX de su Título Preliminar, Derecho de Defensa, establece de modo expreso el principio de protección de la víctima en el plano procesal cuando señala: “(...) 3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”. En tal sentido, la jurisprudencia desarrollada por el denominado “Sistema Anticorrupción”, por ejemplo, ha venido aceptando que la parte civil discuta la apertura de proceso penal vía apelación del auto de denegación de procesamiento penal, la tipificación del hecho, o la imposición de medidas cautelares. Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que no es necesario que la víctima se ha constituido en parte civil para intervenir en la fase de ejecución de la pena, a fin de reclamar el pago de la reparación civil. Así, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en Sentencia dictada por la Sala Penal Permanente R.N. N° 1538-Lima, de fecha 20 de junio de 2005, ha sostenido que: “(...) no hace falta que la víctima, declarada así por sentencia firme de condena, haya estado previamente constituida en parte civil desde el proceso penal

686 ESER, Albin, Temas de Derecho penal y procesal penal, Op. cit. pp. 212-213.

declaratorio de condena para intervenir en el proceso de ejecución y, como tal, participar en su desarrollo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la reparación fijada a su favor, que la constitución en parte civil del agraviado sólo tiene sentido, desde una perspectiva de tutela de su derecho de participación procesal, en tanto persiga una concreta indemnización o reparación civil, que sólo una sentencia firme de condena puede estipular (véase artículos 57 y 58 del Código de Procedimientos Penales); que declarado judicialmente el derecho indemnizatorio la intervención de la víctima para concretarlo en modo alguno no puede limitarse y, menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría –como se hizo– el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva (ver: artículo 139, apartado 3 de la Ley Fundamental), que garantiza el acceso a los Tribunales a toda persona en resguardo de sus derechos e intereses legítimos; que ello tampoco obsta que el agraviado haya promovido un juicio civil, en tanto no está en discusión la determinación del monto de la reparación civil sino su cobro efectivo (...) (Considerando Cuarto)”.

5.3. Principio de *non bis in idem* material

El reconocimiento del principio *non bis in idem* se encuentra consagrado en la legislación ordinaria administrativa, en particular, el artículo 230.10 de la Ley de Proceso Administrativo General, así como en el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal del 2004, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 957⁶⁸⁷. Las variables en la interpretación del principio pasan por dos vocablos de su formulación: “nadie puede ser penado/procesado/perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho/delito”⁶⁸⁸. Salta a la vista que cuanto más se avance en el procedimiento, más restringido será el alcance del principio. Así, la ley fundamental alemana prescribe que “Nadie puede ser penado varias veces por el mismo hecho” (art. 103, III). Con esta fórmula sólo se garantiza que una persona no sufra más de una condena por un mismo hecho, pero no hay obstáculo alguno para admitir una nueva persecución para condenarla cuando fue absuelta o para imponerle una pena superior a la que surgió del procedimiento original (en este caso, anulando la primera condena), y de ello se deriva la posibilidad que otorga la Ordenanza Procesal Penal (OPP) alemana de interponer recurso de revisión contra una sentencia firme absolutoria, o de condena menor que la que se pretende obtener con el recurso⁶⁸⁹. El *non bis in idem* tiene una vertiente procesal que implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal o una investigación fiscal basado en la imputación de un delito, respecto al cual existe cosa juzgada⁶⁹⁰.

687 Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Título Preliminar. Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple.- “Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

688 BERTELOTTI, Mariano, El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada; en: HENDLER, Edmundo S., Las garantías penales y procesales, Enfoque histórico-comparado, Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004, p. 116

689 Loc. cit.

690 El Derecho anglosajón y, en particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos denomina a este principio como “double jeopardy”. Este principio protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito. El principio non bis in idem procesal resulta aplicable al proceso administrativo sancionador, así como, a las investigaciones de carácter fiscal, en la medida que existe cosa decidida

El contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo. Lo mismo se verifica cuando concurre la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento. En la STC N.º 2050-2002-AA/TC-Lima, Caso Israel Ramos Colque, de 16 de abril de 2003 –anteriormente citado–, el Tribunal Constitucional ha sostenido respecto al principio *ne bis in idem*, que: “En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho (FJ 19.a)”. El Tribunal Constitucional considera que: “El principio *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, – como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Uрна, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º. 6)– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica”⁶⁹¹.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC N.º 2725-2008-PHC/TC-Lima, Caso Roberto Boris Caucha Temoche y otros, de fecha 22 de septiembre de 2008, que establecido que: a) La dimensión material y procesal del *Ne bis in idem*. La primera, según, el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, *que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos* o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto contrario a las garantías propias del Estado de Derecho (Cf. Exp. N.º 2050-2002-HC/TC. FJ. 19. Caso: Carlos Israel Ramos Colque); b) Que el principio de *Ne bis in idem*, opera respecto a resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada. Se yergue como garantía de todo justiciable, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (Cf. Exp. N.º 4587-2004-HC/TC. FJ 38. Caso: Santiago Martín Rivas); c) El principio *Ne bis in idem* no se circunscribe a las sentencias definitivas, sino que comprende a todos los autos que ponen fin al proceso penal –al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa-

administrativa o fiscal, respectivamente y se verifique el test de la triple identidad. Vid infra, salvo que el archivo de la investigación fiscal, en este último caso, se deba a razones de falta de prueba y luego de ello sobre la base de nuevos elementos de convicción se reabra una investigación preliminar, pero si la misma obedece a un juicio de atipicidad en la conducta incriminada y se verifican los supuestos en mención, la misma goza de la garantía del non bis in idem. Vid por todas: STC N.º 01887-2010-HC-Lima, Caso Hopólito Guillermo Mejía Valenzuela, de fecha 24 de septiembre de 2010.

691 Igualmente, en la STC N.º 2050-2002-AA/TC, STC N.º 1294-2007-HC/TC, entre otras.

(Cf. Exp. N° 8123-2005-HC/TC. FJ. 19. Caso: Nelson Jacob Gurman); d) Verificar la existencia de una vulneración al principio de *Ne bis in idem*, supone constatar la conjunción de tres identidades distintas: identidad de la persona perseguida (*eadem persona*), identidad del objeto de persecución (*eadem res*) e identidad de la causa de persecución (*eadem causa petendi*) (FJ 14). De modo que, para el *non bis in idem* presupone la existencia de una resolución, que tenga la calidad de cosa juzgada y que reúna tres requisitos o componentes distintos: a) identidad de sujeto; b) identidad objetiva; y c) identidad de fundamento (*test de la triple identidad*).

En ese orden de ideas, en la STC N° 2725-2008-PHC/TC-Lima, Caso Roberto Boris Caucha Temoche y otros, de fecha 22 de septiembre de 2008, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “ (...) verificar la existencia o no de doble persecución penal, como la alegada por el demandante, pasa por examinar el caso desde la perspectiva del *test de triple identidad*.: a) En cuanto al primer elemento de la *identidad de la persona perseguida penalmente* (identidad subjetiva) *en varios procesos*, si bien es una condición esencial para el efecto negativo del principio, es decir, para evitar una persecución nueva, cuando la anterior ya ha terminado o se inicia otra al mismo tiempo. Este Tribunal considera que la necesidad de cumplimiento de este requisito resulta inexigible si se desvirtúa mediante resolución firme (sea ésta judicial o fiscal) el carácter antijurídico del hecho perseguido. Ello hace jurídicamente imposible el procesamiento a otras personas distintas al sujeto pasivo del proceso originario en tanto la cosa juzgada no sólo produce efecto frente a él sino –como en el presente caso– frente a terceros. Este Tribunal ha señalado en los Fundamentos Jurídicos 15 a 17 de la presente sentencia, las razones porque a la resolución fiscal de “*No ha lugar a formalizar denuncia penal*” no se le puede negar el carácter de *cosa decidida* (cosa juzgada), sabiendo además, que es frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado, que al resultar negativo impide que el imputado pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos –más aún, si dicha decisión es confirmada por el órgano jerárquicamente superior-. b) Este Tribunal considera que el elemento denominado *identidad del objeto de persecución* (identidad objetiva), consiste en que la segunda persecución penal debe referirse “*al mismo hecho*” que el perseguido en el primer proceso (o actividad investigatoria fiscal), es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal⁶⁹²; c) Por último, la *identidad de la causa de persecución* es un presupuesto que resulta también verificado (...) por cuanto el fundamento de los ilícitos (...) están referidos por igual a [los mismos] bienes jurídicos (...)” (FJ 20).

692 “En el derecho comparado, y aún cuando, correctamente, la ley hablara del “mismo hecho”, la cuestión se ha presentado como problemática. Así, en Francia, hubo dificultades para decidir si el “mismo hecho” del artículo 360 del código de Instrucción Criminal se refería al “hecho tal como está calificado” o al hecho material de una manera general”, divergencia que, según NUÑEZ, tuvo su raíz en la regla del derecho positivo francés que obligaba al jurado a pronunciarse respecto de las calificaciones jurídicas que el eran propuestas, lo que no ocurre en nuestro derecho donde el tribunal tiene la facultad de calificar el hecho como crea que corresponda. Incluso en Bélgica, donde regía el artículo 360 francés, se reprodujo la controversia, ala que se le puso fin mediante una ley interpretativa que estableció que por “hecho” debía entenderse hecho “tal como está calificado”. No obstante ello, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores resultan acertadamente contestes en que aun cuando la ley hable de “delito”, debe entenderse el hecho como acontecimiento histórico, pues lo que interesa no es la calificación legal sino la materialidad de la conducta. BERTELOTTI, Mariano, El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada”; Op. cit, pp. 118-119

La identidad de sujeto, la identidad objetiva y la identidad de fundamento no son la misma cosa. La primera es una identidad subjetiva, la segunda, la identidad objetiva analiza exclusivamente la conducta material (acá no se tiene en cuenta la calificación legal, solo el hecho) y cuando se analiza la identidad de fundamento debe verificarse que los delitos o causas, por las cuales se persigue a una misma persona pertenezcan o tengan el mismo bien jurídico protegido. Ello ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional de modo constante en pronunciamientos posteriores, tales como en la STC N° 0590-2008-Lima, Caso Manuel Ángel Martín del Pomar Saettonne, de fecha 18 de junio de 2008 (FJ 4 del Voto de dirimente del Magistrado Calle Hayen; FJ 4 del Voto del Magistrado Álvarez Miranda; FJ 7 del Voto del Magistrado Vergara Gotelli), y más recientemente en la STC N° 01887-2010-HC-Lima, Caso Hopólito Guillermo Mejía Valenzuela, de fecha 24 de septiembre de 2010, donde se aprecia de modo sumamente claro que: “Finalmente, concluyendo con el análisis del *ne bis in idem*, debemos verificar la concurrencia del elemento de identidad de la causa de persecución, lo cual se presenta en el caso de autos, por cuanto el fundamento de los ilícitos supuestamente realizados por el demandado están referidos por igual a bienes jurídicos de la administración pública (estafa, asociación ilícita para delinquir, fraude en la administración de personas jurídicas, apropiación ilícita, receptación) que fuera materia de denuncia de parte y de las resoluciones que al respecto se dictaran en sede fiscal (FJ 31)”. La notoria importancia del principio *non bis in idem* material ha sido advertida felizmente en nuestro medio y ha sido propuesta para ser incorporada en el Título Preliminar del Código Penal, tanto en el Anteproyecto de 2004 (artículo IX)) como en el Anteproyecto de 2009 (artículo IX).

5.3.1. El concurso aparente de leyes penales

5.3.1.1. Fundamento y naturaleza jurídica

El principio *non bis in idem* material y el principio de legalidad fundamentan la categoría sustantiva del concurso aparente de leyes penales. Aunque el Código Penal de 1991 no presente un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes penales, como sí lo tenía el Código Penal de 1924⁶⁹³; el empleo de la dogmática jurídica permite encontrar el concurso aparente de leyes dentro del tema de la interpretación de la ley penal, a raíz de la aplicación de los límites formales de la función punitiva del Estado: principio de legalidad y principio de *ne bis in idem*. Pues, ante la transgresión penal, surge la necesidad de determinar cuál es la norma aplicable, en el supuesto de que la conducta pueda estar típicamente descrita en más de una⁶⁹⁴. Es precisamente allí que el concurso aparente de leyes penales muestra su

693 Código Penal de 1924. Artículo 106: “Si existiere una ley penal especial para un hecho a que fuera aplicable una disposición general, sólo se aplicará la especial”

694 En un sentido amplio, podría hablarse 1° De un concurso internacional de normas, que plantea el problema de la aplicación de la ley penal en el espacio, determinando a que Estado corresponde el *ius puniendi*, y que se resuelve conforme al principio de territorialidad, como regla general (...) 2° De un concurso intertemporal, en que, con respecto al principio de jerarquía normativa, se suscita el tema de la sucesión de leyes en el tiempo, resuelto, conforme al principio del Código Civil y 21 CP (...) 3° Y, finalmente, de un conflicto aparente de leyes penales, al que, en sentido estricto se aplica, desde Merkel, la denominación de “concurso de leyes”, cuando el intérprete se encuentra con varias normas, aparentemente aplicables al caso enjuiciado, y concurrentes, tanto en el tiempo como en el espacio. LUZON CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Madrid. Ed. Dykinson, 2000. p.220.

naturaleza interpretativa: es un problema de interpretación⁶⁹⁵. Cuando un sujeto realiza una acción que contraviene más de un tipo penal nos encontramos ante un concurso ideal de delitos pero cuando esa contravención es tan sólo aparente surge el denominado concurso aparente de leyes penales. En efecto, habrá concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos legales de los que sólo uno puede aplicarse⁶⁹⁶. El concurso aparente de leyes penales es una institución jurídica fundamentada en la exigencia de determinar ante una sola conducta un solo tipo penal aplicable en el objeto de imputación, cuya necesidad resulta imperiosa en virtud del deber de adecuada tipificación que procede del principio de legalidad y de la prohibición del doble castigo del principio *non bis in idem*. Es por ello que, la importancia de establecer una regulación dentro del Código Penal para el concurso aparente de leyes penales se fundamenta en el principio de legalidad y, en particular, en el principio de *non bis in idem*.

Se justifica, entonces, destacar el papel de la interpretación en este dominio. Se puede afirmar que este tema corresponde, indudablemente, a la interpretación y a la aplicación de normas jurídicas. Así mismo que es preferible, como lo hace el legislador en el Código vigente, no prever reglas sobre el concurso aparente. Al respecto, hay que considerar, por un lado, que es mediante la interpretación que se obtiene una respuesta a la pregunta de si se aplica una sola disposición y, por otro, que es imposible fijar en la ley las innumerables posibilidades que ofrece la actividad interpretativa⁶⁹⁷. La denominación de “concurso aparente” la adquiere precisamente porque el concurso de leyes se produce sólo en apariencia, pues, a primera vista, la conducta desplegada por el agente parecería encuadrar dentro de varios tipos legales. Sin embargo, luego de un mayor análisis advertiremos que únicamente le es aplicable un solo tipo penal. Por ello, la doctrina mayoritaria sostiene que se trata de un “concurso aparente”, en razón a que, mediante la interpretación, se llega a determinar que sólo es aplicable una única disposición: la que comprende en todos sus aspectos a la acción. Partiendo de este criterio, algunos autores estima preferible hablar de unidad de ley (*Gesetzeseinheit*)⁶⁹⁸.

El ejemplo clásico de concurso aparente de leyes penales se encuentra en la relación que existe entre los tipos simples y los tipos compuestos. En 1996, una mujer indujo dolosamente a su hijo y a un amigo de éste último, a que liquiden a su esposo con el objeto de apropiarse de un terreno rústico. La Corte Suprema consideró que la mujer, en su condición de esposa, respondería por el delito de parricidio, mientras que los dos últimos lo harían por el delito de homicidio calificado.⁶⁹⁹ Otro caso típico se

695 En palabras de Luis Miguel Bramont-Arias Torres es un problema de interpretación de leyes que surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, cuando en realidad sólo se puede aplicar uno. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. cit., p. 393; HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Op. cit., p. 957.

696 VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General. Op. cit., p. 471.

697 HURTADO POZO, José. Op. cit. p. 958.

698 HURTADO POZO, 2005, p. 957.

699 Exp. Se advierte la mayor complejidad que encierra el concurso entre la figura del asesinato y el parricidio que ha llevado a la doctrina española a plantear la siguiente interrogante: ¿parricidio alevoso o asesinato de parientes? Inclusive un sector en la doctrina considera que el problema consiste en un concurso ideal (ROY FREYRE, Luis Eduardo. Derecho Penal Peruano. Parte Especial. Lima. Ed. Eddili. 1986, pp. 128 y ss.). Al respecto Luzon Cuesta, advierte que se considera la prelación de la ley especial y ello con independencia de que la especialidad suponga la imposición de una pena mayor o menor, como sucedía con el anterior Código con la preferente ampliación por la jurisprudencia del parricidio en relación al asesinato (SS. 4-3 y 29-9-1986) LUZON CUESTA, José María. Op. cit. p. 220.

encuentra en aquellos casos en los cuales una madre deja morir de inanición a su hijo recién nacido. Allí, parecería que resultan de aplicación los delitos de homicidio simple, parricidio e infanticidio, pues, la conducta de nuestra matricida se subsume en los tres tipos penales mencionados. Sin embargo, utilizando criterios de naturaleza interpretativa no quedará duda que aquella únicamente ha incurrido en el delito de infanticidio, puesto que las especiales características de éste injusto desplazan las otras figuras que se presentan como más generales frente al hecho criminoso del autor.

De allí que, cuando uno o varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos. El concurso ideal de delitos se encuentra establecido en el artículo 49 del Código Penal: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, udiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”; mientras que el concurso real está establecido en el artículo 50 de dicho cuerpo de leyes: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumaran las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta”. Se habla en cambio, de concurso de leyes cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que sólo uno puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes. Concurre un solo delito⁷⁰⁰.

5.3.1.2. La unidad de acción

El concurso aparente de leyes penales aparece en el escenario del Derecho penal cuando un solo hecho se encuentra abarcado (aparentemente) por más de un tipo penal. En efecto, es una necesidad establecer cuando nos encontramos ante un solo hecho o acción, ya que sólo así podremos distinguir la institución que analizamos de otras de características, más o menos similares, como el concurso ideal e incluso el concurso real. Señalar que un evento importa una, dos o más acciones, obliga a definir el concepto que el Derecho penal atribuye a la acción. El elemento de la acción ocupa el primer nivel dentro de la teoría del delito, pero aquello no puede llevar a pensar que su estudio es un tema sencillo. Todo lo contrario, la dogmática penal no ha encontrado una postura que sea aceptada de manera unánime.

Es de advertir que no pretendo solucionar el problema de la acción. La pregunta que cuestiona el concepto de acción, debe ser respondida dentro de la teoría de la acción, lo cual, exigiría que cada una de las líneas expuestas en esta investigación estuvieran dedicadas a su tratamiento; y nos olvidemos entonces del concurso aparente de leyes penales. Con razón, cuando Bettiol comentaba la ubicación del concurso de delitos dentro del Código Penal italiano, decía que el legislador pone el problema del concurso de delitos en inmediato contacto con las disposiciones relativas a la infracción en general, considerando que se trata de un tema que se vincula con la

700 MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Op. cit., p. 667.

teoría general del acto penal y que no se refiere sólo a la pena que debe aplicarse al sujeto que ha perpetrado varios delitos.⁷⁰¹ La cuestión del concurso no presenta únicamente un interés práctico relativo a la sanción: se halla en íntimo contacto con las más elevadas cuestiones dogmáticas que interesan a nuestra disciplina. Basta pensar que en ella se refleja la teoría de la acción en cuanto es necesario determinar la unidad o pluralidad de ellas; basta meditar en los nexos que existen entre el problema del concurso de delitos y el relativo al concurso de normas, para concluir que aquél no puede ser relegado al fondo de la teoría de la pena, sino que debe discutirse en íntimo contacto con la teoría general de la ley penal y del delito. Estamos en consecuencia, en el corazón de la dogmática penal, allí donde los problemas relativos a la pena y a sus criterios de aplicación sólo tienen un reflejo secundario, si bien puede afirmarse que el concurso de infracciones constituye un puente entre la doctrina del delito y la de la pena.⁷⁰²

Entonces, el objetivo en este apartado es plantear en líneas generales un concepto de acción que *a priori* permita distinguir entre el concurso aparente de leyes y las categorías afines a ella. El concepto que de acción se tenga, estará irremediabilmente ligado al criterio (y el criterio a la postura) que hayamos decidido suscribirnos dentro del Derecho penal. En efecto, los criterios utilizados para determinar si nos encontramos ante una acción o ante múltiples acciones dependen de si la acción es entendida en sentido naturales o en sentido normativo. Desde una perspectiva natural, la acción tiene como base un movimiento corporal, siendo así, se aprecia que la acción no guarda relación con el número de resultados que produce, ni tampoco con el número de tipos penales dentro de los cuales se encuadra (Ej. Una bomba ocasiona una muerte y dos lesiones; pero allí, sólo hay una acción). Sin embargo, dado que al Derecho penal no le interesan las acciones entendidas como meros movimientos corporales humanos, sino en la medida en que se encuentran descritos en tipos penales, es indispensable tomar como base el tipo legal. De allí que, el tipo penal pueda determinar que una pluralidad de acciones (en sentido corporal) constituyan una sola unidad de acción (en sentido jurídico). Ahora, bien otro criterio consiste en determinar la unidad en base a la decisión que tiene el agente de cometer el hecho punible, considerando el espacio-tiempo dentro del cual realiza la acción (unidad de acciones naturales)⁷⁰³. En suma, para establecer el concepto de acción debe tomarse en consideración el elemento normativo (tipo penal); el elemento subjetivo del autor (resolución criminal) y el contexto espaciotemporal⁷⁰⁴.

5.3.1.3. Diferencias con el Concurso Ideal

701 BETTIOL, Op. cit. p.537.

702 BETTIOL, Op. cit. p. 538.

703 HURTADO POZO, José. Op. cit. pp. 923-927. El autor plantea que un punto central en el campo del concurso aparente de leyes penales consiste en establecer el concepto de acción, y a partir de allí, distinguir la unidad de acción de la pluralidad de acciones. En tal sentido, señala tres criterios: un criterio -superado hoy en día- según el cual, la unidad o la pluralidad de la acción dependerá del número de resultados que produzca; otro criterio, que hace la diferencia en base al número de tipos legales en los que se puede subsumir una conducta, por lo qué, habría tantas acciones como tipos penales aplicables, lo cual es incorrecto, pues, una sola acción puede violar varios tipos penales (además aquello no encuadra expresamente con el tenor de nuestro artículo 48 del Código Penal, al establecer que “un solo hecho afecte varias disposiciones”); finalmente, otro sector, plantea que el criterio debe observar el número de acciones (comportamientos) en sí mismos, independientemente de los tipos penales y de los resultados que produzca, pero así, tan simplemente formulado, deja sin explicar que debe entenderse por acción. Ibid. pp. 921-923.

704 Ibid. p. 923.

El elemento común al concurso aparente de leyes y al concurso ideal es la unidad de acción. La diferencia radica en que en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que pareen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el concurso ideal la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural). Por ejemplo, el concurso aparente se da cuando se mata a otro por lucro, puesto que si bien, en apariencia la acción puede ser subsumida en los tipos legales de homicidio (artículo 106) y asesinato (artículo 108), sólo el segundo es aplicable, ya que comprende en su integridad el supuesto de hecho: matar por lucro, mientras que el tipo legal de homicidio simple sólo comprende parte de él, en la medida en que no permite valorar el móvil del agente⁷⁰⁵.

En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE señala, “a diferencia de lo que sucede en el concurso ideal de delitos, en el que para valorar plenamente la gravedad de un hecho hay que aplicar varias disposiciones legales, en el llamado concurso de leyes, de las diversas leyes aparentemente aplicables a un mismo hecho sólo una de ellas es realmente aplicable, quedando desplazadas las demás conforme a diversos criterios interpretativos ya elaborados hace tiempo por la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se recogen en el art. 8 del Código Penal [español]:

‘Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1º El precepto especial se aplicará con preferencia al general; 2º El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible; 3º El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel; 4º En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor’⁷⁰⁶.

Es así que, cuando se trata en cambio, en relación a un encuadramiento, de un elemento, de una modalidad o de una circunstancia que, por las particularidades asignadas por el autor a la conducta, es constitutiva de una materia o múltiple y susceptible de otro encuadramiento, aunque lo haya sido del tipo originario, admite una doble responsabilidad, lo mismo que en los casos en que se agregan elementos o circunstancias que no integran el otro tipo (violación en lugar público). Resultan excluidos, en cambio, aquellos casos en que el elemento, la modalidad o circunstancia, típicos para el tipo originario (esto es, que si no concurriera no sería delito), esta definida legalmente como encuadrable en otro tipo delictivo (amenazas en la extorsión y coacción; la autoría mediata de supresión documental y la extorsión sobre documentos, en general absorbidos por el concurso aparente⁷⁰⁷). Como se advierte, la cuestión deriva del examen de los elementos integradores del hecho histórico en relación a los tipos delictivos. Se mira al hecho desde los tipos, y se pondera la utilización única o doble de tales elementos. No es cuestión de

705 Ibid. pp. 928-929.

706 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Valencia. Ed. Tirant lo blanch. 1998. p. 520.

707 DE LA RUA, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. Córdoba. Ed. Desalma, 1996. p. 960- 961.

antijuridicidad, obviamente, ni tampoco de culpabilidad. La culpabilidad, y en particular el dolo, resultará un elemento auxiliar para determinar la asignación de potencialidad causal múltiple por parte del autor, pero no es sino elemento auxiliar⁷⁰⁸.

5.3.1.4. Criterios del Concurso Aparente de Leyes Penales

La doctrina ha utilizado para resolver el concurso aparente de leyes penales cuatro criterios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad⁷⁰⁹.

a) El principio de especialidad

El principio de especialidad proviene del aforismo *lex specialia derogat lex generalis* y consiste en el caso que varias leyes concurren aparentemente, sólo se aplicará el tipo penal que contemple más específicamente el hecho.⁷¹⁰ La regla es que el tipo especial desplaza al tipo genérico, lo cual sucede en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados. El tipo especial realiza obligatoriamente el tipo general, pero no todo hecho que cumple con el tipo general se puede subsumir en el tipo especial⁷¹¹.

En efecto, cuando un precepto más específico (*lex specialis*) desplaza al más genérico. Así por ejemplo el asesinato contiene junto a las características generales del homicidio otra más específica (alguna de las circunstancias agravantes); por tanto, en caso de concurrencia aparente de los dos preceptos, sólo el más específico será aplicable, es decir, el asesinato⁷¹².

En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lima ha establecido en sentencia recaída sobre el Exp. N 4341-97 de fecha el 02 de noviembre de 1998:

“Se inculpa al procesado el haberse resistido a cumplir el mandato judicial ordenado por el 10° Juzgado Penal de Lima, no obstante haber sido requerido a efectos de hacer entrega de las especies secuestradas recaídas en el proceso que se le siguió por delito de usurpación y daños; asimismo se le atribuye haberse apropiado ilícitamente de bienes que le fueron entregados en calidad de Depositario Judicial, los mismos que no entrego al Juzgado en mención, pese a haber sido requerido conforme a ley (...) en el presente caso nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes, específicamente de los Arts. 190 y 368 Cp, pues aparentemente ambos dispositivos resultan

708 DE LA RUA, Jorge. Op cit. p. 961.

709 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Concurso de Delitos y Concurso Aparente de Leyes. En: Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Lima. Ed. San Marcos, 2003. p. 349. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ibid. p. 393 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho Penal. Parte General. Madrid. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., 1992. p. 646; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. cit. p. 520.

710 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Op. cit. p. 349.

711 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. cit., pp. 393-394.

712 MUÑOZ CONDE, Francisco; et. al. Op. cit. p. 521.

aplicables a la conducta incriminada al procesado; sin embargo recurriendo al PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD tenemos que la conducta se adecua de manera concreta a la hipótesis del Art. 190;2 Cp”.

En todos estos casos el aumento de los requisitos del objeto del delito o de la condición de autor o de víctima determina un cambio en la clase de infracción cometida, pues el tipo que se aplica es más específico. La especialidad puede dar lugar a un castigo mayor o menor, lo cual será en su caso discutible en el terreno político criminal, puesto que ese no es el lugar para discutir si es o no justo que un robo en entidad bancaria sea más grave que el que tiene por víctima un particular⁷¹³.

b) El principio de subsidiariedad

Se aplica el tipo subsidiario cuando no se puede aplicar un tipo distinto. Es decir, se da una posición opuesta a la del principio de especialidad, cuando no se puede cumplir con todos los requisitos que establece el tipo especial se aplicará el tipo general.⁷¹⁴ En estos casos, sólo se logra cumplir con los requisitos básicos no logrando completar los requisitos especiales y es por ello que se aplica la forma básica. Pero no tan sólo se da en los casos señalados sino, entre los delitos de peligro y los delitos de lesión o resultado ya que el delito de peligro es, en sí, subsidiario frente al delito de lesión; pero no siempre ya que aquél puede tener un significado de aplicación independiente⁷¹⁵

El principio de subsidiariedad es una forma de evitar que la no concurrencia de determinados requisitos deje sin sanción un hecho que, de todos modos, puede ser sancionado por otro precepto que no exige esos requisitos. Así, por ejemplo el abandono de un recién nacido puede ser calificado como abandono de menores, siempre que el abandono del menor no se haya producido con ánimo de matarlo, pues en este caso existirá un homicidio o asesinato. También la punición de la infracción patrimonial como falta, cuando no llega a la categoría de delito. Esta técnica es utilizada para resolver los casos de la llamada tentativa cualificada cuando se exime de pena a los que han desistido voluntariamente de consumir el delito, “sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados”⁷¹⁶

En general, siempre que la ley penal advierte que un tipo se aplica salvo que el hecho “pudiera constituir un delito más grave” estamos en presencia de un supuesto de relación de especialidad, que además, se denomina de subsidiariedad expresa porque está advertida en la propia ley; en cambio, cuando la subsidiariedad ha de deducirse del “sentido” de la ley⁷¹⁷ (el ejemplo de la relación entre complicidad necesaria y no necesaria) se tratará de una subsidiariedad táctica⁷¹⁸.

713 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Derecho, Op. cit., p. 647.

714 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op cit. p. 394.

715 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Op. cit. p. 350.

716 MUÑOZ CONDE, Francisco; et. al. Op cit. p. 522.

717 El 14 de septiembre del 2000 se difunde en Canal N un video que trasmite un encuentro realizado el 5 de mayo de ese año en las instalaciones del SIN, en el cual Alberto KOURI -congresista electo- celebra un acuerdo en el que acepta 15 mil dólares iniciales y posteriores pagos adicionales de 15 mil dólares mensuales de Vladimiro MONTESINOS a cambio de renunciar a su agrupación política e incorporarse a la Alianza Perú 2000 comprometiendo sus votos futuros en el congreso. (La Mecánica). En efecto, aquella reunión significaría la primera entrega de dinero

c) El principio de consunción

El principio de consunción proviene del aforismo *lex consumens derogat lex consumpta* (la ley que consume deroga a la ley consumida) y consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquél; pues se parte del presupuesto de que el codificador ya ha considerado esos eventos al redactar la descripción típica más severa. La ley, que encierra ya en sí el desvalor delictivo de otra ley, excluye a ésta por razones valorativas⁷¹⁹. En otras palabras, surge cuando el contenido de una acción típica incluye a otro tipo penal (un delito abarca a otro delito).⁷²⁰ Muchas veces un delito engloba otros hechos ya que de por sí constitutivos de delitos que no se castigan autónomamente porque su disvalor va inducido ya en el disvalor del delito del que forma parte. Ejemplo: la tentativa queda consumada por otro delito consumado como es el caso del delito de lesiones con el delito de homicidio⁷²¹.

Sucede esto también en los llamados delitos complejos que surgen de una especial relación típica de dos delitos autónomos. Por ejemplo, en el atentado terrorista que causare muerte, desde el momento que se aprecie esa figura compleja dejan de tener autonomía la pertenencia a banda armada y homicidio, separadamente. Igualmente deben solucionarse con ayuda de este criterio los llamados actos copenados, anteriores o posteriores. Introducir en territorio nacional la moneda que previamente se ha falsificado o usar un documento que ya antes se ha falsificado son actos posteriores o copenados impunes, porque ya el desvalor de la falsificación consume la introducción o posterior uso en el tráfico jurídico del objeto falsificado. Obviamente, para apreciar este principio los diversos hechos han de estar en una misma línea de progresión, pues de lo contrario ya no habría concurso de leyes, sino de delitos (así por ejemplo, se considera que entre la falsificación de documentos públicos y la estafa no hay concurso de leyes, sino de delitos, por tratarse de bienes jurídicos distintos)⁷²².

de otras tres entregas en las que KOURI recibiría las mismas cantidades de dinero: i) 3 de Junio; ii) 19 de Julio; y iii) 7 de agosto a cambio de comprometer su condición de congresista. Al margen de ello, KOURI como funcionario público, desde que fue congresista electo -pasando por su proclamación y luego por su juramentación- hasta la visualización del Video el 14 de septiembre incrementó apreciablemente su patrimonio sin que medie justificación legal alguna: KOURI en las 4 entregas lucra un total de 60,000 dólares; sin embargo la pericia contable refleja en sus cuentas un desbalance por 117,816 dólares. En torno a ello, se suscitó un debate entre la defensa y el Ministerio Público respecto a si el delito de enriquecimiento ilícito tenía o no una naturaleza subsidiaria en relación a los otros delitos contra la administración pública. Es así que en el considero Décimo la Corte Suprema estableció: “Décimo.- Que igualmente, en este mismo sentido se reconoce que el acusado ha tenido al cuatro de diciembre del año dos mil, un desbalance patrimonial de 57,816.00 dólares americanos, puesto que según la indicada pericia contable, de un total de 117,816.00 dólares, deducidos los 60,000.00 reconocidos por Montesinos Torres en su declaración testimonial, queda esta sustancial cantidad que no ha sido sustentada documentalmente, por lo que sólo puede tener su origen en un enriquecimiento ilícito; razón también por la que a este monto, acusado como delito diferente al cohecho, no le corresponde el carácter de subsidiario como lo alega su defensa; existiendo en el caso de autos un claro concurso real de delitos, el de cohecho pasivo propio por buscar y aceptar el “soborno”, de Vladimiro Montesinos Torres y el de enriquecimiento ilícito, por el incremento patrimonial injustificado”.

718 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 648.

719 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Op. cit. p. 351.

720 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ibid. p. 395.

721 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ibid. p. 351.

722 MUÑOZ CONDE, Francisco; et. al. Op. cit. p. 522-523

Sin embargo, la doctrina trata de precisar más los casos en que puede operar la idea de la consunción, por si sola poco útil. Se incluyen aquí los dos grupos de casos siguientes⁷²³:

- a) Los supuestos de un hecho que acompaña normalmente a otro. Aquí no llega a suceder, como en la especialidad, que el hecho necesariamente realiza la descripción típica de varios preceptos, pero sí que normalmente la realización de un supuesto de hecho típico conlleva la de otro. De ahí que se supone que el legislador ha de haber previsto al fijar la pena del delito que normalmente supone el hecho acompañante. El ejemplo paradigmático que suele proponerse es el del robo con fractura (por ejemplo, de puerta o de ventana), que normalmente entraña ciertos daños normales, aunque sean algo superiores a los estrictamente necesarios. Se entiende que la pena señalada para el robo ya ha de haber sido determinada en atención al conjunto delictivo que normalmente supone. Del mismo modo, es evidente que el homicidio consume las lesiones a través de las cuales se produce, aunque el tipo de homicidio no implica necesariamente infligir tales lesiones a la víctima.
- b) La afirmación de consunción en casos como éste no plantea dificultades cuando la *lex consumens* señala una pena esencialmente más grave que los preceptos consumidos. Pero ¿cabe la consunción cuando las penas de los distintos preceptos son similares? EN casos como el de robo propuesto, cuando los daños causados tengan por sí solos tanta gravedad como el propio robo, podrá denegarse la consunción por entender que tan graves daños no son ya los previstos como normales al señalarse la pena del robo. Más en otros supuestos el que un hecho tenga señalada una pena no esencialmente inferior a otro no significa que no le acompañe normalmente, y en tales condiciones podría suponer tener que castigar por varios delitos cuando uno aparece suficiente.
- c) Los actos posteriores impunes o copenados. Son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo.

Una última advertencia sobre el principio de consunción: normalmente la “*lex consumens*” acarreará una penalidad mayor. Pero eso no debe tomarse como regla inmutable; en primer lugar, eso puede obedecer a defectos de técnica legislativa, pues no es normal que “mayor cantidad de injusto” pueda suponer menor pena. También se ha planteado otra dimensión de la relación de consunción, que puede establecerse entre un delito y los que son inherentes para su comisión, y otros delitos; así MIR sugiere el ejemplo de la bigamia, pues para contraer el segundo matrimonio es preciso además faltar a la verdad en distintos documentos, pese a lo cual esas falsedades que por el régimen del concurso de delitos hubieran dado lugar a una pena

723 MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 671-672.

mayor quedan absorbidas en el acto documental-matrimonial.⁷²⁴ En suma, los menos queda absorbido en lo más, en la progresión delictiva. Así, el homicidio absorbe a las lesiones; el acceso carnal a las agresiones sexuales que le preceden; la tentativa, a las resoluciones manifestadas, y todas son absorbidas por el delito consumado⁷²⁵.

d) El principio de alternatividad

Puede darse casos en que un tipo penal se refiere a la misma acción que otro, el desplazamiento se da cuando en uno de los tipos surgen circunstancias particulares que se enuncian respecto de dicha acción. Este principio sólo se aplica en defecto de los anteriores, es decir cuando no es posible hallar una relación de especialidad, subsidiariedad o consunción⁷²⁶. Así, por ejemplo, ante la comisión de un delito de lesiones en el que se haya utilizado un arma pero que tenga como resultado la impotencia o la esterilidad de la víctima, habrá que elegir esta última figura porque la pena prevista en ella es de 6 a 12 años de prisión, mientras que el otro tipo penal establece una pena de 2 a 5 años [dentro del Código Penal español]⁷²⁷. La importancia de este principio radica en que siempre se le debe tener en cuenta para evitar impunidades absurdas o despropósitos punitivos que pueden derivarse de una mala coordinación de los marcos penales de algunos tipos penales de estructura parecida⁷²⁸. Ello parece lógico, por cuanto si de un mismo hecho se ofrecen dos valoraciones distintas y ninguna queda excluida por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, la valoración de mayor gravedad parece traducir fielmente la voluntad del legislador⁷²⁹.

5.3.1.5. Legislación Comparada

Código Penal de Bolivia

Artículo 6.- Si la misma materia fuere prevista por una ley o disposición especial y por una ley o disposición de carácter general, prevalecerá la primera en cuanto no dispusiere lo contrario.

Código Penal de Ecuador

Artículo 9.- Cuando dos disposiciones penales estén en oposición, prevalecerá la especial.

724 La conclusión a la que hay que llegar es evidente la “lex consumens” puede absorber a otras leyes que señalen la misma o incluso mayor pena; el interprete debe separar cuidadosamente los casos de absorción de los casos de concurso real o ideal de delitos a partir de la idea de que los bienes jurídicos, que necesariamente han de ofenderse a la vez, han de ser objeto de una valoración conjunta de la ofensa (consunción) y no separada (concurso). QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. cit. p. 650.

725 LUZON CUESTA, José María. Op. cit. p. 221.

726 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op cit. p. 395.

727 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Barcelona. Ed. Praxis, 1999. p. 310.

728 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. Ibid. p. 352.

729 MUÑOZ CONDE, Francisco; et. al. Op cit. p. 524.

Código Penal El Salvador

Artículo 7.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código y no comprendidos en los artículos 40 y 41, de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:

- 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general;
- 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del precepto principal, cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella sea tácitamente deducible; y,
- 3) El precepto penal complejo absorberá a los preceptos que sancionan las infracciones consumidas en aquél.

Código Penal de España

Artículo 8.- Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- 1ª. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- 2ª. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiaridad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- 3ª. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
- 4ª. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

Código Penal de Honduras

Artículo 2- A.- Las acciones u omisiones susceptibles de ser calificadas con arreglos a dos o más preceptos de este Código se sancionarán observando las reglas siguientes:

- 1) El precepto especial se aplicará con preferencia al precepto general;
- 2) El precepto subsidiario se aplicará en defecto del principal cuando se declare expresamente dicha subsidiaridad o ella figure en forma tácita; y,
- 3) El precepto penal complejo absorberá a los que sancionan las infracciones consumidas en aquél.

Código penal de Nicaragua

Artículo 11.- Concurso aparente de leyes.-

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este código, y no comprendidos en los artículos 84 y 85 se sancionarán de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) La norma especial prevalece sobre la general
- b) El precepto subsidiario sólo se aplicará en defecto del principal, tanto cuando se declare expresamente dicha subsidiariedad, como cuando sea ésta tácitamente deducible.
- c) El Precepto complejo o el precepto cuya infracción implique normalmente la de otra sanción menos grave, absorberá a los que castiguen las infracciones subsumidas en aquél;
- d) Cuando no sea posible la aplicación de alguna de las tres reglas anteriores, el precepto penal que sancione más gravemente excluirá a los que castiguen con menor pena.

VI. CONCLUSIONES

1. La doctrina ubica entre los principios penales de carácter sustantivo no reconocidos de modo expreso en el Título Preliminar del Código Penal que sirven para limitar el *ius puniendi* del Estado principalmente a los principios de dignidad, igualdad, retroactividad benigna, intervención mínima o necesidad, *última ratio* o subsidiariedad, fragmentariedad, racionalidad y humanidad de las penas, primacía los derechos humanos, protección a la diversidad cultural, protección de la víctima, implementabilidad de la ley penal, representación popular, respuesta no contingente e idoneidad. No obstante, varios de éstos son principios del Derecho de carácter general o de carácter procesal, o incorporados en otros de mayor envergadura o, incluso,

normas rectoras de la política criminal. Los verdaderos principios limitadores del *ius puniendi* no consagrados en el Título Preliminar del Código Penal son los principios de retroactividad benigna, *non bis in idem* y protección de la víctima.

2. El principio de retroactividad benigna consiste en una excepción al principio general de irretroactividad de la ley y al principio de legalidad, a través del cual se permite que una ley expedida en un momento posterior entre en vigor para regir respecto a hechos ocurridos en un período anterior a su promulgación y que estuvieron sujetos a una ley previa y de distinto contenido, en la medida que se trate de leyes de carácter penal y siempre que la ley posterior resulte más favorable para el reo. El mismo se encuentra contemplado de modo expreso en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado en vigor.
3. El principio de protección de la víctima cuyo desarrollo y postulación son una construcción de reciente data. El mismo significa el reconocimiento de víctima tanto en el ámbito penal sustantivo como en el ámbito procesal penal, que exige en el primero de ellos admitir que la víctima debe ocupar un lugar en el concepto de delito, así como, que la reparación del daño no puede limitarse a los aspectos estrictamente económicos de la reparación civil, sino que es necesario reconocer la satisfacción de las expectativas de la víctima de acceder al conocimiento de la verdad sobre los hechos y obtener las determinación de las correspondientes responsabilidades ejemplificadas en un veredicto de condena en términos abstractos, a fin de acceder al reestablecimiento fáctico, simbólico de la situación anterior al delito.
4. El principio de protección de la víctimas del delito es producto básicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular, de la justicia supranacional. La misma que sobre la base de los artículos 7 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2; inciso 3 párrafo 14 inciso 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras normas *pro homine*, cuyo contenido esencial está contenido en el principio del debido proceso y el acceso a la tutela judicial efectivo, previsto en el artículo 139, inciso 3 de la Ley Fundamental de 1993,
5. El principio *non bis in idem* contiene una doble configuración de carácter sustantivo o material como también presenta connotación formal o procesal. El contenido material del *non bis in idem* significa la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo. Ello se traduce en el enunciado “nadie puede ser castigados dos veces por lo mismo”. El principio *non bis in idem* en su vertiente material no se encuentra previsto de modo expreso en el texto de la Ley Fundamental de 1993. No obstante, el postulado del mismo se vincula a los principios de legalidad y proporcionalidad.
6. El *non bis in idem* presupone la existencia de una resolución, que tenga la calidad de cosa juzgada y que reúna tres requisitos o componentes distintos: a) identidad de sujeto; b) identidad objetiva; y c) identidad de fundamento

(*test de la triple identidad*). La identidad de sujeto, la identidad objetiva y la identidad de fundamento no son la misma cosa. La primera es una identidad subjetiva, o sea que se trata de la misma persona, la segunda, la identidad objetiva analiza exclusivamente la conducta material (acá no se tiene en cuenta la calificación legal, solo el hecho) y cuando se analiza la identidad de fundamento debe verificarse que los delitos o causas, por las cuales se persigue a una misma persona pertenezcan o tengan el mismo bien jurídico protegido.

7. El principio *non bis in idem* material y el principio de legalidad fundamentan la categoría sustantiva del concurso aparente de leyes penales. Aunque el Código Penal de 1991 no presente un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes penales, como sí lo tenía el Código Penal de 1924 (artículo 106); el empleo de la dogmática jurídica permite encontrar el concurso aparente de leyes dentro del tema de la interpretación de la ley penal, a raíz de la aplicación de los límites formales de la función punitiva del Estado: principio de legalidad y principio de *ne bis in idem*.
8. La denominación de “concurso aparente” la adquiere precisamente porque el concurso de leyes se produce sólo en apariencia. El concurso aparente de leyes penales aparece en el escenario del Derecho penal cuando un solo hecho se encuentra abarcado (aparentemente) por más de un tipo penal. El elemento común al concurso aparente de leyes y al concurso ideal es la unidad de acción. La diferencia radica en que en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el concurso ideal la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural).
9. La doctrina ha utilizado para resolver el concurso aparente de leyes penales cuatro criterios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. El principio de especialidad proviene del aforismo *lex specialia derogat lex generalis* y consiste en el caso que varias leyes concurren aparentemente, sólo se aplicará el tipo penal que contemple más específicamente el hecho. El principio de subsidiariedad determina que se aplique el tipo subsidiario cuando no se puede aplicar un tipo distinto. Es decir, se da una posición opuesta a la del principio de especialidad. El principio de consunción proviene del aforismo *lex consumens derogat lex consumpta* (la ley que consume deroga a la ley consumida) y consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquél. Finalmente, el principio de alternatividad, que sólo se aplica en defecto de los anteriores, a fin de imponer la valoración de mayor gravedad para traducir la voluntad del legislador.

-----oOo-----
CAPITULO III

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE

LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1. PROBLEMA

El problema de investigación se formuló en los términos siguientes:

¿Cuál es la importancia del Título Preliminar del Código Penal en el marco de nuestra actual legislación penal?

Asimismo, formulamos los siguientes **SUBPROBLEMAS**:

1.1. ¿Cuál es la función del Título Preliminar del Código Penal en nuestro ordenamiento jurídico?

1.2. ¿Cuál es la fuente normativa de los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Penal??

1.3. ¿Qué principios contenidos en el Título Preliminar podrían ser excluidos?

1.4. ¿Qué principios no contenidos en el Título Preliminar podrían ser incluidos?

2. HIPÓTESIS

(H-1): El Título Preliminar del Código Penal desarrolla en nuestra legislación una función garantista, unificadora y orientadora.

(H-2): El origen de los principios limitadores del *ius puniendi* se encuentra en la Constitución Política del Estado.

(H-3): El Título Preliminar del Código Penal podría excluir los principios de legalidad procesal y legalidad en la ejecución de la pena.

(H-4): El Título Preliminar del Código Penal debería incluir los principios de retroactividad benigna, protección de la víctima y *non bis in idem*.

La corrección de cada una de las premisas planteadas como hipótesis se acredita con las conclusiones fundamentadas que se presenta en cada uno de los rubros correspondientes al desarrollo doctrinario de las instituciones comprendidas en la investigación y contenidas en dichas hipótesis. Estos fundamentos están constituidos por argumentos doctrinarios y opiniones mayoritarias de los

especialistas (criterio de *auctoritas*), habiéndose expresado detalladamente los correspondientes ‘contra argumentos’ frente a las opiniones que expresan criterios distintos a los contenidos en las referidas conclusiones. Asimismo, dichos argumentos se sustentan en el análisis de la legislación nacional así como extranjera, y se les ha dado consistencia con el análisis de la jurisprudencia existente al respecto.

3. CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS PARA CADA HIPÓTESIS

(H-1): *El Título Preliminar del Código Penal desarrolla en nuestra legislación una función garantista, unificadora y orientadora.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° § 1 de la Segunda Parte, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. *La doctrina advierte la declarada vocación intervencionista del Estado de nuestro tiempo, que resulta indiferente con los límites al ius puniendi. El carácter traumático de la intervención penal con elevadísimos costes sociales determina que resulte imperativo someter la misma a límites claros y efectivos reflejados en principios a favor de los derechos y garantías de la persona en relación al poder de sanción del Estado.*
2. *El origen natural de los principios limitadores del ius puniendi es la Constitución del Estado. La misma que recoge dichos principios como fruto de la evolución del “Derecho penal de la Ilustración” iniciado durante el Siglo XVIII y del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*
3. *El Código Penal de 1991 contiene, antes del Libro Primero o Parte General, un Título Preliminar autónomo con principios limitadores del control penal. En Latinoamérica, en la actualidad, los códigos penales oscilan entre la regulación por separado de un Título Preliminar; o establecer dentro de la Parte General un primer capítulo denominado “Disposiciones Generales”, en el cual incluyen un grupo de principios limitadores al ius puniendi, o en algunos casos, como-sub-variante, estos principios se entremezclan con normas generales de aplicación de la ley penal, el rasgo en común es que en ambos se verifica la regulación de “Título Preliminar y Ley Penal, conjuntamente”; en otros Códigos, se aprecia la presencia de algunos de estos principios distribuidos en los diversos capítulos que conforman la Parte General, según la materia que los mismos desarrollen.*
4. *La importancia y conveniencia de establecer principios limitadores del ius puniendi a nivel legislativo radica en perfeccionar las formulas contenedoras de dichas garantías actualizándolas al ritmo evolutivo*

propio del desarrollo de la ciencia penal y de la experiencia jurídico penal, así como, seleccionar el repertorio de principios y garantías que servirán para unificar y orientar el ordenamiento jurídico penal. Lo más importante es que el Título Preliminar del Código Penal constituye una herramienta interpretativa para el legislador y los órganos encargados de la persecución del delito y la administración de justicia, en particular, para los operadores jurídicos, a fin de que éstos decidan no aplicar las leyes que no se acomoden a los postulados contenidos en los principios limitadores del ius puniendi, de ese modo, aquellos se estatuyen como un escudo protector del individuo y la comunidad, desplegándose de esa forma una función claramente garantista.

5. *En la medida que los principios limitadores del ius puniendi encuentran su fuente en la Constitución Política del Estado, resultan indispensables para interpretar y aplicar todas las normas contenidas en el ordenamiento jurídico penal, procesal penal y de ejecución de la pena. Y de la misma manera, sus postulados resultan de obligatorio cumplimiento en todo el desarrollo de la labor punitiva del Estado, en la labor de criminalización primaria, y también, en la criminalización secundaria.*

(H-2): *El origen de los principios limitadores del ius puniendi se encuentra en la Constitución Política del Estado.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro N° § 2-11 de la Segunda Parte (Fuente Constitucional), cuyas conclusiones son las siguientes:

1. *La fuente constitucional del principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal se encuentra, en cuanto al principio de lesividad, contenido en éste implícitamente, en los artículos 1, 44 y 200 de la Constitución de 1993, mientras que en lo que respecta al principio de función integral de la pena, en el artículo 139; inciso 22 de la Carta Política en vigor. Naturalmente, el fundamento y origen directo de los referidos artículos se encontró en la Constitución de 1979 (artículos 80 y 234, respectivamente).*
2. *La importancia del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano ha determinado que se encuentre claramente establecido en el artículo 2 inciso 24; literal d) de nuestra Constitución en vigor. Ello es consecuencia de la protección a la libertad que recibe el individuo en el texto constitucional, en el artículo 2 inciso 24; literal a) de la Carta Política de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. La fuente constitucional directa estuvo en el artículo 20; inciso a) de la Constitución de 1979.*

3. *El principio de prohibición de la analogía desfavorable en materia punitiva se encuentra regulado expresamente y de modo autónomo respecto al principio de legalidad en la Constitución de 1993. El artículo 139; numeral 9 de la Carta de 1993 establece, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restrinjan derechos”. Lo cual, complementa el sentido garantista del principio de legalidad, previsto en el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución en vigor. El mismo precepto estuvo previsto de modo precedente en el artículo 233 inciso 8 de la Constitución de 1979.*
4. *El principio de lesividad no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de la Carta Magna de 1993. No obstante, el mismo no podría ser desconocido por resultar aquel un postulado que garantiza el estatus prioritario de la persona humana dentro del Estado social y democrático de Derecho. Las declaraciones constitucionales de la Ley Fundamental en vigor previstas en el artículo 1 “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, en el artículo 44, “el Estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”, sientan ambas las bases para un posterior desarrollo normativo de la teoría del bien jurídico. Las mismas bases en esencia estuvieron previstas en los artículos 1 y 80 de la Constitución de 1979.*
5. *El principio de legalidad procesal penal encuentra su fuente directa en la actualidad en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente, así como en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación’”. El mismo contenido de dichos dispositivos estuvo regulado en los artículos 233, inciso 9, así como en el artículo 2, inciso 20 apartado “l” de la Ley Fundamental de 1979. No obstante el origen autónomo del principio de garantía jurisdiccional, existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal “d” de la Carta Magna de 1993, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en lo que respecta al subprincipio de reserva de ley, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley.*

6. *El principio de legalidad en la ejecución de la pena comparte las mismas fuentes constitucionales que de modo directo dan origen al principio de legalidad procesal penal, establecidas en la Ley Fundamental de 1993, en el artículo 139; incisos 10 y 3, respectivamente. No obstante, existe una importante diferencia, el principio de legalidad material sí es una tercera fuente directa que da origen y fundamenta el establecimiento del principio de legalidad en la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que crea per se una “garantía de ejecución” a las normas de ejecución penal, puesto que la ejecución de la sentencia condenatoria equivale, sin lugar a dudas, a la aplicación misma de la sanción penal.*
7. *El principio de culpabilidad no está expresamente recogido en el texto de la Constitución Política del Estado de 1993. No obstante, la existencia del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, del contenido del principio de legalidad penal, consagrado en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993. La segunda fuente del principio de culpabilidad se encuentra en la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de las penas. La tercera fuente del principio de culpabilidad consiste en el principio de dignidad de la persona humana. La fuente directa de dicho principio estuvo prevista en los apartados homólogos de la Carta Política de 1979.*
8. *El principio de proporcionalidad está consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Ley Fundamental de 1993, que prevé: “Son garantías constitucionales (...) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”. El fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 43 de la Constitución de 1993. El artículo 79 de la Carta Política de 1979 contuvo similar contenido.*
9. *El principio de finalidad preventiva, protectora y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena está previsto doblemente en el Título Preliminar del Código Penal, ya que el mismo se deriva tanto del artículo I como del artículo IX de dicho apartado del Código punitivo. No obstante, el artículo IX del Título Preliminar incluye también la finalidad que nuestro ordenamiento atribuye a las medidas de seguridad, en los “fines de curación, tutela y rehabilitación” respecto a aquel sujeto que reviste peligrosidad en la medida que ha realizado un injusto penal, aunque sin posibilidad de aplicar una pena por no verificarse el elemento de la imputabilidad. Líneas atrás hemos adelantado que la fuente constitucional de este principio se encuentra en los artículos 1, 44, 139; inciso 22 y 200 la Carta Política de 1993. Los mismos que tuvieron lugar en los artículos 1, 80 y 234 de la Constitución de 1979.*

10. *La fuente constitucional del principio de extensión consiste en una derivación indirecta del principio de primacía constitucional previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. El principio de primacía de la Constitución establece a la Carta Magna como pieza angular de nuestra normatividad. Evidentemente, la preservación de la sistematización de nuestro ordenamiento jurídico resulta ser una consecuencia de este principio. La fuente directa del referido principio estuvo prevista en el apartado respectivo de la Constitución de 1979.*

(H-3): *El Título Preliminar del Código Penal debería excluir los principios de legalidad procesal y legalidad en la ejecución de la pena.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros N° § 6-7 de la Segunda Parte, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. *El principio de legalidad procesal penal o garantía jurisdiccional se sustenta en el aforismo: Nullum poena sine iudicio (no ha pena sin juicio previo). El mismo determina que nadie puede ser sancionado penalmente sin antes haber sido juzgado debidamente a través de un proceso cuya conducción y reglas de juego deben de haber sido claramente preestablecidas en la ley. Este principio estatuye el derecho de toda persona a ser juzgada por un tribunal judicial imparcial antes de que una pena le sea impuesta (juez ordinario predeterminado por la ley), así como la predeterminación legal de las reglas que regulan el proceso penal.*
2. *El principio de legalidad procesal penal encuentra su fuente directa en la actualidad en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente, así como en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación’”. El mismo contenido de dichos dispositivos estuvo regulado en los artículos 233, inciso 9, así como en el artículo 2, inciso 20 apartado “l” de la Ley Fundamental de 1979.*
3. *No obstante el origen autónomo del principio de garantía jurisdiccional, existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal “d” de la Carta Magna de 1993, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su*

autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en lo que respecta al subprincipio de reserva de ley, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley.

- 4. El principio de legalidad procesal penal comprende el derecho al juez predeterminado por la ley. El derecho al juez predeterminado por la ley garantiza la imparcialidad de la decisión judicial final y el propio proceso, ya que la sola ocurrencia de un proceso previo, ensimisma, es insuficiente, pues cualquier intervención de dos o más sujetos resolviendo una controversia podría adquirir la misma denominación. La desviación de la jurisdicción predeterminada por la ley, el sometimiento a procedimientos distintos a los previamente establecidos, los juzgamientos mediante tribunales de excepción o comisiones especiales, sin importar el nombre que reciban, se encuentran absolutamente proscritos. Igualmente, el principio garantiza la existencia de un proceso dentro del cual todos los intervinientes se hayan sometidos inexcusablemente a reglas de juego predeterminadas por la ley. El derecho al juez legal encierra un doble concepto, de carácter positivo, con el derecho al juez predeterminado por la ley y, de carácter negativo, con la proscripción de tribunales de excepción.*
- 5. La aplicación y observancia del derecho al “juez legal” es tan sólo reclamable en el estricto marco del “proceso jurisdiccional”. El mismo se excluye el procedimiento administrativo sancionador, el procedimiento arbitral, pero, éste se extiende a cualquier proceso jurisdiccional. El mismo es aplicable en el proceso civil, contencioso-administrativo o penal. Igualmente, comprende los procesos de menores y aquellos que se ventilan en la jurisdicción militar.*
- 6. La ley debe haber creado previamente el órgano judicial y haberlo dotado de jurisdicción y competencia con generalidad y anterioridad al caso. La nota de generalidad asegura la inexistencia de normas apegadas al caso concreto, de normas que regulen la competencia mediante criterios singulares tales como, por ejemplo, la identidad de los contendientes. La nota de anterioridad, en cambio, presupone la necesidad de que con, anterioridad en el tiempo al nacimiento de los conflictos, esté legalmente determinada la competencia sobre lo que a cada uno de los órganos judiciales corresponda enjuiciar. Las soluciones propuestas por la doctrina para establecer el dies a quo o momento de la predeterminación del juez legal son dos. La creación y dotación de jurisdicción y competencias, esto es, la determinación del juez ha de ser anterior a los hechos que el mismo ha de enjuiciar, o bien ha de ser tan sólo anterior al inicio del proceso. El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que el juez legal es aquel anterior al inicio del proceso y no el anterior a la fecha de comisión del delito.*

7. *La teoría de la objetividad de los criterios de atribución, ha demostrado con suma claridad que si el fundamento de del principio del juez ordinario predeterminado por ley es garantizar la independencia, autonomía, exclusividad y, en particular, la imparcialidad del órgano jurisdiccional, estas garantías no se ven vulneradas y, por ende, tampoco el principio del juez legal, cuando de modo excepcional, el Estado recurre a modificar la competencia jurisdiccional originaria sobre la base de una nueva normativa general y abstracta con nuevos criterios de competencia, aplicable a los procesos pendientes, quedando el cambio sometido a un examen de ponderación, que en último termina determinará la justificación o no de la reforma competencial.*
8. *La invocación del ordenamiento penal sustantivo y procesal tiene su sustento en el principio de reserva de ley. Lo mismo ocurre con la forma de establecer la jurisdicción penal. El principio constitucional de legalidad procesal penal expresa, en consecuencia, de un lado, que el procedimiento a través del cual se juzga a una persona debe estar previsto en la ley, y de otro lado, que la jurisdicción debe estar predeterminada por la ley.*
9. *La ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto (tempus regit actum), y no la que estuvo vigente cuando se cometió el delito (tempus commissi delicti). No obstante, conforme reconoce el nuevo Código Procesal Penal del 2004 –Decreto Legislativo N° 957 en su Artículo VII: “La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible (...)”.*
10. *El principio de legalidad en la ejecución de la pena garantiza que las normas que integran el Derecho de Ejecución Penal mantengan vigente el principio de legalidad material y, en particular, los subprincipios incorporados en éste, estos son, lex scripta, lex praevia, lex stricta, y lex certa.*
11. *El principio de legalidad en la ejecución de la pena determina que esté prohibida cualquier forma de ejecución de la pena -salvo aspectos de carácter netamente administrativos o gubernativos-, sobre la base de criterios diferentes a los establecidos en la legislación penitenciaria. El mismo también garantiza que las decisiones en torno a la libertad o derechos del reo sólo esté librada al arbitrio del órgano jurisdiccional que dicto la condena. Las decisiones en torno a la aplicación de la pena no pueden quedar a la discreción de las autoridades que administran los establecimientos penitenciarios.*

12. *El principio de legalidad en la ejecución de la pena comparte las mismas fuentes constitucionales que de modo directo dan origen al principio de legalidad procesal penal, establecidas en la Ley Fundamental de 1993, en el artículo 139; incisos 10 y 3, respectivamente. No obstante, existe una importante diferencia, el principio de legalidad material sí es en una tercera fuente directa que da origen y fundamenta el establecimiento del principio de legalidad en la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que crea per se una “garantía de ejecución” a las normas de ejecución penal, puesto que la ejecución de la sentencia condenatoria equivale, sin lugar a dudas, a la aplicación misma de la sanción penal.*
13. *La predictibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos de las personas es una garantía contenida dentro del fundamento material del principio de legalidad. La predictibilidad o calculabilidad sobre la cual el ciudadano tiene derecho a realizar un examen a efectos de decidir si lleva o no a cabo hechos que acarearán consecuencias jurídicas determina que dicho análisis (costo-beneficio) comprenda no sólo el qué (¿Qué hecho?) o el cuánto (¿Cuánta pena?) sino el cómo (¿En casa o en prisión?).*
14. *La vinculación del juez a la ley impuesta por el principio de legalidad tiene la finalidad de “garantizar objetividad”. El comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados –ni ser un medio contra autores ya conocidos- sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada ley dictada con anterioridad al hecho.*
15. *El artículo 103 de la Constitución dispone que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo. El Tribunal Constitucional utiliza un criterio formal, que diferencia entre el Derecho penal material, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal, de modo tal, que a su criterio solamente las normas penales materiales gozan de las garantías derivadas del principio de favorabilidad. La sola distinción entre los principios tempus delicti comissi -como propio del Derecho penal sustantivo- y tempus regit actum, como propio del Derecho procesal penal y del Derecho de ejecución penal olvida que el principio de legalidad tiene por finalidad garantizar al individuo que el Estado no va a abusar del ius puniendi. Dado que no solamente se restringen derechos subjetivos importantes, como la libertad, mediante la ley penal, sino también mediante la aplicación de normas procesales –por ejemplo, al decretarse una detención preventiva o negar una libertad provisional-, y al aplicarse normas de ejecución penal –por ejemplo, al negar un pedido de libertad condicional. El principio de favorabilidad se aplica de modo amplio al sistema normativo de leyes penales.*

16. *El control de la ejecución de la pena es exclusivamente de naturaleza jurisdiccional, más nunca de carácter administrativo. Es evidente que la intervención judicial de la pena no significa que los jueces puedan ir contra lo prescrito por la ley de ejecución penal, ni contra sus reglamentos que la desarrollan. Solamente el juez puede verificar que la pena impuesta en la sentencia condenatoria se esté aplicando en los términos que han sido descritos por las normas de ejecución penal. La administración penitenciaria cumple labor ejecutiva más nunca de interpretación de la norma jurídica. La tarea hermenéutica de aplicar la norma al caso concreto está reservada al órgano jurisdiccional. Queda así proscrita cualquier intromisión de la administración penitenciaria que no pertenezca a sus labores gubernativas.*
17. *Es evidente que tanto el principio de legalidad procesal penal como el principio de legalidad en la ejecución de la pena, pese a tener vinculación con el principio de legalidad material poseen, de modo autónomo e independiente, una naturaleza jurídica procesal y de ejecución penal, respectivamente, no material. En consecuencia, la ubicación más adecuada para ambos principios estaría, en estricto, en los códigos procesales y de ejecución penal y no en el Código sustantivo.*

(H-4): *El Título Preliminar del Código Penal debería incluir los principios de retroactividad benigna, protección de la víctima y non bis in idem.*

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en los rubros N° § 12 de la Segunda Parte, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. *La doctrina ubica entre los principios penales de carácter sustantivo no reconocidos de modo expreso en el Título Preliminar del Código Penal que sirven para limitar el ius puniendi del Estado principalmente a los principios de dignidad, igualdad, retroactividad benigna, intervención mínima o necesidad, última ratio o subsidiariedad, fragmentariedad, racionalidad y humanidad de las penas, primacía los derechos humanos, protección a la diversidad cultural, protección de la víctima, implementabilidad de la ley penal, representación popular, respuesta no contingente e idoneidad. No obstante, varios de éstos son principios del Derecho de carácter general o de carácter procesal, o incorporados en otros de mayor envergadura o, incluso, normas rectoras de la política criminal. Los verdaderos principios limitadores del ius puniendi no consagrados en el Título Preliminar del Código Penal son los principios de retroactividad benigna, non bis in idem y protección de la víctima.*
2. *El principio de retroactividad benigna consiste en una excepción al principio general de irretroactividad de la ley y al principio de legalidad, a través del cual se permite que una ley expedida en un momento*

posterior entre en vigor para regir respecto a hechos ocurridos en un período anterior a su promulgación y que estuvieron sujetos a una ley previa y de distinto contenido, en la medida que se trate de leyes de carácter penal y siempre que la ley posterior resulte más favorable para el reo. El mismo se encuentra contemplado de modo expreso en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado en vigor.

3. *El principio de protección de la víctima cuyo desarrollo y postulación son una construcción de reciente data. El mismo significa el reconocimiento de víctima tanto en el ámbito penal sustantivo como en el ámbito procesal penal, que exige en el primero de ellos admitir que la víctima debe ocupar un lugar en el concepto de delito, así como, que la reparación del daño no puede limitarse a los aspectos estrictamente económicos de la reparación civil, sino que es necesario reconocer la satisfacción de las expectativas de la víctima de acceder al conocimiento de la verdad sobre los hechos y obtener la determinación de las correspondientes responsabilidades ejemplificadas en un veredicto de condena en términos abstractos, a fin de acceder al reestablecimiento fáctico, simbólico de la situación anterior al delito.*
4. *El principio de protección de la víctimas del delito es producto básicamente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular, de la justicia supranacional. La misma que sobre la base de los artículos 7 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2; inciso 3 párrafo 14 inciso 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras normas pro homine, cuyo contenido esencial está contenido en el principio del debido proceso y el acceso a la tutela judicial efectivo, previsto en el artículo 139, inciso 3 de la Ley Fundamental de 1993,*
5. *El principio non bis in idem contiene una doble configuración de carácter sustantivo o material como también presenta connotación formal o procesal. El contenido material del non bis in idem significa la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo. Ello se traduce en el enunciado “nadie puede ser castigados dos veces por lo mismo”. El principio non bis in idem en su vertiente material no se encuentra previsto de modo expreso en el texto de la Ley Fundamental de 1993. No obstante, el postulado del mismo se vincula a los principios de legalidad y proporcionalidad.*
6. *El non bis in idem presupone la existencia de una resolución, que tenga la calidad de cosa juzgada y que reúna tres requisitos o componentes distintos: a) identidad de sujeto; b) identidad objetiva; y c) identidad de fundamento (test de la triple identidad). La identidad de sujeto, la identidad objetiva y la identidad de fundamento no son la misma cosa. La primera es una identidad subjetiva, o sea que se trata de la misma persona, la segunda, la identidad objetiva analiza exclusivamente la conducta material (acá no se tiene en cuenta la calificación legal, solo el*

facto) y cuando se analiza la identidad de fundamento debe verificarse que los delitos o causas, por las cuales se persigue a una misma persona pertenezcan o tengan el mismo bien jurídico protegido.

- 7. El principio non bis in idem material y el principio de legalidad fundamentan la categoría sustantiva del concurso aparente de leyes penales. Aunque el Código Penal de 1991 no presente un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes penales, como sí lo tenía el Código Penal de 1924 (artículo 106); el empleo de la dogmática jurídica permite encontrar el concurso aparente de leyes dentro del tema de la interpretación de la ley penal, a raíz de la aplicación de los límites formales de la función punitiva del Estado: principio de legalidad y principio de ne bis in idem.*
- 8. La denominación de “concurso aparente” la adquiere precisamente porque el concurso de leyes se produce sólo en apariencia. El concurso aparente de leyes penales aparece en el escenario del Derecho penal cuando un solo hecho se encuentra abarcado (aparentemente) por más de un tipo penal. El elemento común al concurso aparente de leyes y al concurso ideal es la unidad de acción. La diferencia radica en que en el primero, la acción es comprendida plenamente por una de las disposiciones legales que pareen ser aplicables (tipicidad única); mientras que en el concurso ideal la acción única requiere la aplicación simultánea de varias disposiciones (tipicidad plural).*
- 9. La doctrina ha utilizado para resolver el concurso aparente de leyes penales cuatro criterios: especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad. El principio de especialidad proviene del aforismo lex specialia derogat lex generalis y consiste en el caso que varias leyes concurren aparentemente, sólo se aplicará el tipo penal que contemple más específicamente el hecho. El principio de subsidiariedad determina que se aplique el tipo subsidiario cuando no se puede aplicar un tipo distinto. Es decir, se da una posición opuesta a la del principio de especialidad. El principio de consunción proviene del aforismo lex consumens derogat lex consumpta (la ley que consume deroga a la ley consumida) y consiste en que el precepto más amplio o complejo absorba a los que castigan las infracciones consumidas en aquél. Finalmente, el principio de alternatividad, que sólo se aplica en defecto de los anteriores, a fin de imponer la valoración de mayor gravedad para traducir la voluntad del legislador.*

DE ESTE MODO QUEDA PROBADO CON SUFICIENTES ARGUMENTOS LA FUNCIÓN GARANTISTA, UNIFICADORA Y ORIENTADO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENALEN NUESTRA LEGISLACIÓN, DESCARTÁNDOSE TODO INTENTO DE CRIMINALIZACIÓN CONTRARIA A SUS POSTULADOS. ASIMISMO, QUE EL ORIGEN DE LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI SE ENCUENTRA EN LA CONSTTUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y NO EN NORMAS INFRA CONSTITUCIONALES.

DE OTRO LADO, QUE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL Y DE EJECUCIÓN PENAL POR SU NATURALEZA ENCUENTRAN MEJOR UBICACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL, RESPECTIVAMENTE.

Y FINALMENTE QUEDA DETERMINADA LA NECESIDAD DE INCLUIR EN EL TÍTULO PRELIMINAR LOS PRINCIPIOS DE RETROACTIVIDAD BENIGNA, PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA Y NON BIS IN IDEM.

CON ELLO, NUESTRAS HIPÓTESIS FORMULADAS AL COMIENZO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN COMO RESPUESTAS PROVISIONALES A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS, SE CONVIERTEN EN VERDADERES TESIS RESPECTO AL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.

CONCLUSIONES FINALES

- PRIMERA.-** En la actualidad, el Estado social tiene una declarada vocación intervencionista contraria a los límites al *ius puniendi*. El carácter traumático de la intervención penal con elevadísimos costes sociales determina que resulte imperativo someter la misma a límites claros y efectivos reflejados en principios a favor de los derechos y garantías de la persona en relación al poder de sanción del Estado.
- SEGUNDA.-** El origen natural de los principios limitadores del *ius puniendi* es la Constitución del Estado. La misma que recoge dichos principios como fruto de la evolución del “Derecho penal de la Ilustración” iniciado durante el Siglo XVIII y del desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- TERCERA.-** En Latinoamérica, los códigos penales oscilan entre la regulación por separado de un Título Preliminar; o establecer dentro de la Parte General un primer capítulo denominado normalmente “Disposiciones Generales”, en el cual incluyen un grupo de principios limitadores al *ius puniendi*, o en algunos casos, como-sub-variante, estos principios se entremezclan con normas generales de aplicación de la ley penal, el rasgo en común es que en ambos sea aprecia la regulación de “Título Preliminar y Ley Penal”, conjuntamente; en otros códigos, se aprecia la presencia de algunos de estos principios distribuidos en los diversos capítulos que conforman la Parte General, según la materia que los mismos desarrollen.
- CUARTA.-** La conveniencia de establecer principios limitadores del *ius puniendi* a nivel legislativo a modo de Título Preliminar del Código Penal radica en perfeccionar las formulas contenedoras de dichas garantías actualizándolas al ritmo evolutivo propio del desarrollo de la ciencia penal y de la experiencia jurídico penal, así como, seleccionar el repertorio de principios y garantías que servirán para unificar el ordenamiento jurídico penal. El Título Preliminar del Código Penal constituye una herramienta interpretativa para el legislador y los órganos encargados de la persecución del delito y la administración de justicia, en particular, para los operadores jurídicos, a fin de que éstos decidan no aplicar las leyes que no se acomoden a los postulados contenidos en los principios limitadores del *ius puniendi*, de ese modo, aquellos se estatuyen como un escudo protector del individuo y la comunidad.
- QUINTA.-** La fuente constitucional del principio de finalidad preventivo-protectora de la ley penal se encuentra, en cuanto al principio de lesividad implícitamente en aquel, en los artículos 1, 44 y 200 de la Constitución de 1993, mientras que en lo que respecta al principio de función integral de la pena, en el artículo 139; inciso 22 de la Carta Política en vigor. Naturalmente, el fundamento y origen directo de los

referidos artículos se encontró en la Constitución de 1979 (artículos 80 y 234, respectivamente).

- SEXTA.-** La importancia del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano ha determinado que se encuentre claramente establecido en el artículo 2 inciso 24; literal d) de nuestra Constitución en vigor. Ello es consecuencia de la protección a la libertad que recibe el individuo en el texto constitucional, en el artículo 2 inciso 24; literal a) de la Carta Política de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. La fuente constitucional directa estuvo en el artículo 20; inciso a) de la Constitución de 1979.
- SÉPTIMA.-** El principio de prohibición de la analogía desfavorable en materia punitiva se encuentra regulado expresamente y de modo autónomo respecto al principio de legalidad en la Constitución de 1993. El artículo 139; numeral 9 de la Carta de 1993 establece, dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y las normas que restrinjan derechos”. Lo cual, complementa el sentido garantista del principio de legalidad, previsto en el literal “d” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución en vigor. El mismo precepto estuvo previsto de modo precedente en el artículo 233 inciso 8 de la Constitución de 1979.
- OCTAVA.-** El principio de lesividad no se encuentra previsto de manera expresa en el texto de la Carta Magna de 1993. No obstante, el mismo no podría ser desconocido por resultar aquel un postulado que garantiza el estatus prioritario de la persona humana dentro del Estado social y democrático de Derecho. Las declaraciones constitucionales de la Ley Fundamental en vigor previstas en el artículo 1 “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” y, en el artículo 44, “el Estado debe garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”, sientan ambas las bases para un posterior desarrollo normativo de la teoría del bien jurídico. Las mismas bases en esencia estuvieron previstas en los artículos 1 y 80 de la Constitución de 1979.
- NOVENA.-** El principio de legalidad procesal penal encuentra su fuente directa en la actualidad en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente, así como en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al

efecto, cualquiera sea su denominación”. El mismo contenido de dichos dispositivos estuvo regulado en los artículos 233, inciso 9, así como en el artículo 2, inciso 20 apartado “1” de la Ley Fundamental de 1979. No obstante el origen autónomo del principio de garantía jurisdiccional, existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal “d” de la Carta Magna de 1993, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en lo que respecta al subprincipio de reserva de ley, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley.

DÉCIMA.- El principio de legalidad en la ejecución de la pena comparte las mismas fuentes constitucionales que de modo directo dan origen al principio de legalidad procesal penal, establecidas en la Ley Fundamental de 1993, en el artículo 139; incisos 10 y 3, respectivamente. No obstante, existe una importante diferencia, el principio de legalidad material sí es en una tercera fuente directa que da origen y fundamenta el establecimiento del principio de legalidad en la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico-penal, que crea per se una “garantía de ejecución” a las normas de ejecución penal, puesto que la ejecución de la sentencia condenatoria equivale, sin lugar a dudas, a la aplicación misma de la sanción penal.

DÉCIMOPRIMERA.- El principio de culpabilidad no está expresamente recogido en el texto de la Constitución Política del Estado de 1993. No obstante, la existencia del principio de culpabilidad se desprende, en primer lugar, del contenido del principio de legalidad penal, consagrado en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución de 1993. La segunda fuente del principio de culpabilidad se encuentra en la consagración constitucional del principio de proporcionalidad de las penas. La tercera fuente del principio de culpabilidad consiste en el principio de dignidad de la persona humana.

DÉCILOSEGUNDA.- El principio de proporcionalidad está consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Ley Fundamental de 1993, que prevé: “Son garantías constitucionales (...) El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 173 de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”. El fundamento del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado social y democrático de Derecho previsto en el artículo 43 de la

Constitución de 1993. El mismo estuvo previsto en el artículo 79 de la Carta Política de 1979.

DÉCIMOTERCERA.- El principio de finalidad preventiva, protectora y resocializadora de la pena o principio de función integral de la pena está previsto doblemente en el Título Preliminar del Código Pena, ya que el mismo se deriva tanto del artículo I como del artículo IX de dicho apartado del Código punitivo. No obstante, el artículo IX del Título Preliminar incluye también la finalidad que nuestro ordenamiento atribuye a las medidas de seguridad, en los “fines de curación, tutela y rehabilitación” respecto a aquel sujeto que reviste peligrosidad en la medida que ha realizado un injusto penal, aunque sin posibilidad de aplicar una pena por no verificarse el elemento de la imputabilidad. Líneas atrás hemos adelantado que la fuente constitucional de este principio se encuentra en los artículos 1, 44, 139; inciso 22 y 200 la Carta Política de 1993. Los mismos que tuvieron lugar en los artículos 1, 80 y 234 de la Constitución de 1979.

DÉCIMOCUARTA.- La fuente constitucional del principio de extensión consiste en una derivación indirecta del principio de primacía constitucional previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución. El principio de primacía de la Constitución establece a la Carta Magna como pieza angular de nuestra normatividad. Evidentemente, la preservación de la sistematización de nuestro ordenamiento jurídico resulta ser una consecuencia de este principio.

DÉCIMOQUINTA.- El principio de legalidad procesal penal y el principio de legalidad en la ejecución de la pena tienen naturaleza eminentemente procesal y de ejecución, respectivamente. Ello, es evidente dado que encuentran su fuentes directas en la actualidad en el artículo 139; incisos 10 y 3 de la Constitución Política de 1993, respectivamente, así como en el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva ‘Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación’”. El mismo contenido de dichos dispositivos estuvo regulado en los artículos 233, inciso 9, así como en el artículo 2, inciso 20 apartado “I” de la Ley Fundamental de 1979. No obstante el origen autónomo del principio de garantía jurisdiccional, existe una relación de complementariedad garantista con el principio de legalidad o principio de reserva de ley, previsto en el artículo 2; inciso 24 literal “d” de la Carta Magna de 1993, no por encontrarse allí la fuente constitucional del mismo, ya que hemos enfatizado en su autonomía, sino porque el desarrollo jurídico del principio de legalidad penal es plenamente aprovechable para nutrir los postulados del principio de legalidad procesal penal y viceversa, por ejemplo, en

lo que respecta al subprincipio de reserva de ley, por el cual, se exige que las normas procesales tengan rango o fuerza de ley. El principio de legalidad material aunque tiene una condición de fuente del principio de legalidad en la ejecución de la pena, no elimina la naturaleza de ejecución del mismo.

DÉCIMOSEXTA.- La doctrina ubica entre los principios penales de carácter sustantivo no reconocidos de modo expreso en el Título Preliminar del Código Penal que sirven para limitar el *ius puniendi* del Estado principalmente a los principios de dignidad, igualdad, retroactividad benigna, intervención mínima o necesidad, última ratio o subsidiariedad, fragmentariedad, racionalidad y humanidad de las penas, primacía los derechos humanos, protección a la diversidad cultural, protección de la víctima, implementabilidad de la ley penal, representación popular, respuesta no contingente e idoneidad. No obstante, varios de éstos son principios del Derecho de carácter general o de carácter procesal, o incorporados en otros de mayor envergadura o, incluso, normas rectoras de la política criminal. Los verdaderos principios limitadores del *ius puniendi* no consagrados en el Título Preliminar del Código Penal son los principios de retroactividad benigna, *non bis in idem* y protección de la víctima.

DÉCIMOSÉPTIMA.- El principio de retroactividad benigna consiste en una excepción al principio general de irretroactividad de la ley y al principio de legalidad, a través del cual se permite que una ley expedida en un momento posterior entre en vigor para regir respecto a hechos ocurridos en un período anterior a su promulgación y que estuvieron sujetos a una ley previa y de distinto contenido, en la medida que se trate de leyes de carácter penal y siempre que la ley posterior resulte más favorable para el reo. El mismo se encuentra contemplado de modo expreso en el artículo 103 de la Constitución Política del Estado en vigor.

DÉCIMOCTAVA.- El principio de protección de la víctima cuyo desarrollo y postulación son una construcción de reciente data. El mismo significa el reconocimiento de víctima tanto en el ámbito penal sustantivo como en el ámbito procesal penal, que exige en el primero de ellos admitir que la víctima debe ocupar un lugar en el concepto de delito, así como, que la reparación del daño no puede limitarse a los aspectos estrictamente económicos de la reparación civil, sino que es necesario reconocer la satisfacción de las expectativas de la víctima de acceder al conocimiento de la verdad sobre los hechos y obtener las determinación de las correspondientes responsabilidades ejemplificadas en un veredicto de condena en términos abstractos, a fin de acceder al reestablecimiento fáctico, simbólico de la situación anterior al delito.

DÉCIMONOVENA.- El principio de protección de la víctimas del delito es producto básicamente del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos, y en particular, de la justicia supranacional. La misma que sobre la base de los artículos 7 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2; inciso 3 párrafo 14 inciso 1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otras normas pro homine, cuyo contenido esencial está contenido en el principio del debido proceso y el acceso a la tutela judicial efectivo, previsto en el artículo 139, inciso 3 de la Ley Fundamental de 1993.

VIGÉSIMA.- El principio *non bis in idem* contiene una doble configuración de carácter sustantivo o material como también presenta connotación formal o procesal. El contenido material del *non bis in idem* significa la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo. Ello se traduce en el enunciado “nadie puede ser castigados dos veces por lo mismo”. El principio *non bis in idem* en su vertiente material no se encuentra previsto de modo expreso en el texto de la Ley Fundamental de 1993. No obstante, el postulado del mismo se vincula a los principios de legalidad y proporcionalidad.

VIGESIMOPRIMERA.- El principio *non bis in idem* material y el principio de legalidad fundamentan la categoría sustantiva del concurso aparente de leyes penales. Aunque el Código Penal de 1991 no presenta un sistema de regulación expresa del concurso aparente de leyes penales, como sí lo tenía el Código Penal de 1924 (artículo 106); el empleo de la dogmática jurídica permite encontrar el concurso aparente de leyes dentro del tema de la interpretación de la ley penal, mediante el recurso a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, como aplicación normativa de dos límites formales a la función punitiva del Estado que evitan la doble sanción respecto a una sola unidad de acción y tipo penal, y, que por su trascendencia son reconocidos por la doctrina como principios rectores del Derecho penal: principio de legalidad y principio de *non bis in idem* material.

-----oOo-----

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Si se quiere realmente proteger los derechos fundamentales, debe optarse categóricamente por atribuir al Título Preliminar del Código Penal la función de desarrollar en nuestra legislación una función garantista, unificadora y orientadora; evitándose el incremento de una proliferación de legislación intervencionista contraria a los principios, *nullum crimen sine lege*, culpabilidad, proporcionalidad, etc.; que determinan un estado de inseguridad y vulnerabilidad de la persona humana, rechazando cualquier intento de suprimir y obviar este importantísimo apartado del Código Penal.

SEGUNDA.- Debe optarse categóricamente por atribuir el origen de los principios limitadores del *ius puniendi* en la Constitución Política del Estado, ya que no resulta aceptable en el programa penal de un Estado social y Democrático de Derecho el establecimiento de principios procedentes de carácter infra constitucional, ni legislación contraria a dichos principios rectores, debido a la vinculación de los mismos con las garantías y derechos fundamentales del hombre, resaltándose la necesidad de incluir a través de una reforma constitucional de modo expreso el principio de lesividad y el principio de culpabilidad, en la medida que éstos son indispensables para evitar la sobrecriminalización y el intervencionismo .

TERCERA.- Se debe excluir por su propia naturaleza jurídica a los principios de legalidad procesal y legalidad en la ejecución de la pena del Título Preliminar del Código Penal a fin de que los mismos sean incorporados en los ordenamientos jurídicos respectivos, esto es, en el Código Procesal Penal y en el Código de Ejecución Penal. Lo cual, ya se ha observado parcialmente, pues, en el primer caso, el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 contempla el principio de legalidad procesal penal en su Título Preliminar (artículo I y V), quedando acá pendiente excluirlo del Título Preliminar del Código punitivo.

CUARTA.- Se debe incluir los principios de retroactividad benigna, protección de la víctima y *non bis in idem* en el Título Preliminar del Código Penal, en atención a que el origen de los mismos se encuentra expresamente prevista en la Ley Fundamental y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, resaltándose que el principio de retroactividad benigna no es una mera norma de aplicación sino un verdadero principio rector; por lo que no debería ubicarse en el Libro Primero –Parte General- (Capítulo II-artículos (6-8), sino en el Título Preliminar. Asimismo, se debería incorporar en la Parte General del Código Penal la institución del concurso aparente de leyes penales y los principios de solución del mismo: especialidad, subsidiariedad, concusión y alternatividad.

-----oOo-----

PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

- PRIMERA.-** Se debe modificar los correspondientes artículos del Título Preliminar del Código Penal, a fin de excluir de su articulado, los principios de garantía jurisdiccional y legalidad en la ejecución de la pena, con el objeto de respetar la naturaleza procesal y de ejecución de los mismos, así como, compatibilizar la regulación penal, ya que el primero de los principios referidos está actualmente previsto en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, que es su lugar natural; asimismo se debe implementar dentro del Título Preliminar del Código de Ejecución penal una norma que establezca el contenido del principio de legalidad en la ejecución de la pena, por ser este de naturaleza de ejecución penal.
- SEGUNDA.-** Se debe implementar dentro del Título Preliminar Código Penal, una norma que incorpore los principios de retroactividad benigna, protección de la víctima y *non bis in idem*, en el primero de los mencionados principios debe ser reubicado de la Parte General del Código punitivo (Capítulo II-Libro Primero-Parte General) al Título Preliminar por presentar la naturaleza de principio rector.
- TERCERA.-** Se debe implementar dentro del Código Penal, una norma que incorpore la figura del concurso aparente de leyes penales y los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad, a efectos de satisfacer las garantías de los principios de legalidad y *non bis in idem*, evitación de que una persona padezca múltiples sanciones o imputaciones.
- CUARTA.-** Debe efectuarse una reforma constitucional a fin de incorporar en la Constitución Política del Estado los principios de lesividad y culpabilidad, a efectos de evitar la sobrecriminalización y el intervencionismo en la legislación penal, así como readecuar la proliferación de tipos penales de peligro abstracto.

----o0o----

BIBLIOGRAFÍA
(Sobre la materia de investigación)

ABANTO VÁSQUEZ. Protección Penal de la Libre Competencia y Constitución; en: Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003.

ABASTOS, Manuel G. Escritos Penales; en: Ius et Praxis, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación.

AGUADO CORREA, Teresa. El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal, Ed. Edersa, Madrid, 1999.

AGUILAR AVILÉS, Dager. Análisis socio-histórico general del derecho penal inca desde sus orígenes hasta los inicios de la etapa republicana en América Latina, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, mayo 2010. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/08/daa8.htm.

AIRA HIDALGO, Marco Antonio. El criterio de bien jurídico que adopta el Tribunal Constitucional. Disponible en: <http://blog.puCódigo Penal.edu.pe/item/26299>.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas; en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N°2, Ed. Grijley, Lima, 2001.

ALTUVE-FEBRES LORES, Fernán. Los Reinos del Perú. Apuntes sobre la monarquía peruana, Dupla Editorial, Lima, 2001, 303 pp

AMORETTI NAVARRO, Mario. El arresto domiciliario a efectos de computar (y compurgar) el plazo de la pena. Jus Constitucional; Ed. Grijley. Lima. Año II. N° 8. Junio de 2008. pp. 181-194.

AMORETTI PACHAS, Victor Mario. Violaciones al Debido Proceso Penal, Ed. Grijley, Lima, 2007.

ANDERS, Günther. Nosotros, los hijos de Eichmann. Carta abierta a Klaus Eichmann, Ed. Paidós, Barcelona, 2001.

ARENDT, Hannah. Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen, Piper Verlag, München, 1964.

AVENDAÑO, Leonidas. La reforma de la legislación nacional en el Perú; en Revista del Foro, Año IX, N° 6 y 7, Lima. 217-253 pp.

BACON, Francis. In conversation with Michel Archimbaud, Ed. Phaidon, London, 1993.

BACON, Francis. El avance del saber, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1988; Escritos pedagógicos, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1986.

BACON, Francis. Novum organum : aforismo sobre la interpretación de la naturaleza y el reino del hombre, Ed. Fontanella, Barcelona, 1979.

BACON, Francis. Advancement of learning ; Novum Organum ; New Atlantis, Ed. Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952.

BACON, Francis. Del adelanto y progreso de la ciencia divina humana., Ed. Lautaro, Buenos Aires, 1947.

BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General, Ed. Akal, Madrid, 1998.

BACIGALUPO, Enrique. Principios Constitucionales de Derecho Penal, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 303.

BARATTA, Alessandro. Integración-Prevención: Una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica; en: Revista Doctrina Penal, año 8, N° 29, Buenos Aires, 1985.

BARBERO, Natalia. De los Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional; en: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto; et. al. Hans WELZEL en el Pensamiento Penal de la Modernidad. Homenaje en el Centenario del Nacimiento de Hans WELZEL, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 739-757.

BARRETO, Anselmo. Nota proyecto presentada por el Dr. A. Barreto a la Corte Suprema, relativa al novísimo Código Penal; en Revista del Foro, Año XII, N° 3,4 y 5, Lima. 150-165 pp.

BASADRE, Jorge. Los fundamentos de la historia del Derecho, Ed. Librería Internacional del Perú, Lima, 1956.

BASADRE, Jorge. Historia del Derecho Peruano, Ed. Antena S.A., Lima, 1937.

BASADRE AYULO, Jorge. Consideraciones sobre Derecho Indiano; en: Ius et Praxis, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación. pp. 261-271.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y las penas. Ed. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005. 128 pp.

BENTHAM, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales, T.I-II, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959;

BENTHAM, Jeremy. Nomografía o el arte de redactar leyes, Ed. Boletín Oficial del Estado: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

BENTHAM, Jeremy. Falacias políticas, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation, Ed.. Hafnew, New York, 1973.

BENTHAM, Jeremy. Escritos económicos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1965.

BENTHAM, Jeremy. A comment on the commentaries and a fragment on government, Ed. University of London, London, 1977.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Lecciones de Derecho penal, Parte General, Barcelona, 1999, 440.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Temas de Derecho penal, Ed. Cultural Cuzco, SA, Lima, 1998.

BERTELOTTI, Mariano, El principio ne bis in idem: un análisis desde una perspectiva histórico-comparada; en: HENDLER, Edmundo S., Las garantías penales y procesales, Enfoque histórico-comparado, Ed. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Buenos Aires, 2004.

BOVINO, Alberto. Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

BRAMONT ARIAS, Luis A, El principio de legalidad; en: La nueva constitución y el derecho penal, GARCIA RADA, Domingo; VÁSCONES VEGA, Ricardo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo; HURTADO POZO, José. Ed. Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. Derecho Penal, Parte General; en: Revista del Foro, Enero-Diciembre, Año LVIII, N° 1-2-3, 1971, 23-256 pp.

BRAMONT ARIAS, Luis A; BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis A. Código Penal Anotado, Ed. San Marcos, Lima, 2000.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto; BRAMONT ARIAS, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Eddili, Lima, 2005.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, T. I., Ed. Aras, Lima, 2004.

CAFFERATA NORES, José, Proceso Penal y Derechos Humanos, Ed. Centro de Estudios Legales y Sociales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CANCIO MELÍA, Manuel. Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther JAKOBS. Ed. Grijley, Lima, 1998.

CARO CORIA, Dino Carlos; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004, 1006 pp.

CARO CORIA, Dino Carlos, Código Penal. Legislación complementaria sistematizada, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO CORIA, Carlos. Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de JAKOBS; en Themis, N° 34, Lima, 1997.

CARO CORIA, Dino Carlos. El abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena. Disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_62.pdf.

CARRARA, Francesco. Opúsculos de derecho criminal, T.I-IV, Ed. Temis, Bogotá, 1976;

CARRARA, Francesco. Programa de derecho criminal, T-I-X, Ed. Temis, Bogotá, 1971.

CASSIRER, Ernst. Filosofía de la Ilustración, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1975.

CASSIRER, Ernst. Las ciencias de la cultura, Ed. FCE, México, D.F., 2005;

CASSIRER, Ernst. Filosofía de las formas simbólicas, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1998.

CASSIRER, Ernst. El mito del estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1968.

CASTILLO ALVA, José Luis; Principios de Derecho penal, Parte General, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CASTILLO ALVA, José Luis; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis, Principios de derecho penal parte general, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CORSO MASIAS, Alfredo, CUADROS ESCOBEDO, Raúl, El delito, el proceso y la pena, tomo II, Ed. Editorial el deber S.A. Arequipa, 1955.

CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General, T. I. Ed. Tecnos, Madrid, 1990..

CRUZADO BALCAZAR, Alejandro. El proceso Atahualpa. El proceso histórico y jurídico contra Atahualpa. Ed. Biblioteca Nacional del Perú- Fondo Editorial, Lima, 2006.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El Proceso Penal. Teoría y Jurisprudencia Constitucional. Ed. Palestra, Lima, 2006.

COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL TIPO PARA LATINOAMERICA, Secretariado Ejecutivo. Código Penal Para Latinoamérica, Parte General, T. II, V. I, Actas, materiales publicados bajo la dirección del Prof. Francisco Grisolia, Subsecretario Ejecutivo, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1973.

CORNEJO, Ángel Gustavo; JIMÉNEZ, Plácido, Código Penal (Primer Anteproyecto de la Comisión Parlamentaria nombrada por la ley N° 5168. T. I (Libro I), T. II (Libro II), Lima, 1957.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

DE LAS CASAS, Bartolomé. Brevisima relación de la destrucción de las Indias, Ed. Cátedra, Madrid, 1984;

DE LAS CASAS, Bartolomé. Brevísima relación de la destrucción [sic] de las Indias, Ed. Edaf, Madrid, 2005.

DE LAS CASAS, Bartolomé. Cartas y memoriales, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995; Doce dudas, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1992.

DE LAS CASAS, Bartolomé. Apologética Historia Sumaria, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992.

DE LAS CASAS, Bartolomé. Tratados de 1552: impresos por Las Casas en Sevilla, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992.

DE LAS CASAS, Bartolomé. De Regia Potestate, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo, Proyecto de un Código Penal, Ed. Hiram Tupper, Boston, 1928.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. El Antiguo Régimen y la Revolución / Alexis de Tocqueville, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2004.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. La democracia en América / Intr. de Enrique González P.; Notas y Bibliografía de J.P. Mayer, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F, 1996.

ENRIQUE EDWARDS, Carlos, Garantías constitucionales en materia penal, Ed. Editorial Astera, Buenos Aires, 1996.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, T. I., "A", 3ª ed. corr. y aum., Publicación Madrid: Librería de la Señora Vda. e Hijos de D. Antonio Calleja, 1847, Madrid.

ESER, Albin. Derecho penal, Cuestiones fundamentales del delito sobre la base de casos de sentencias, Ed. Colex, Madrid, 1995.

ESER, Albin. Temas de Derecho penal y procesal penal. Ed. Idemsa, Lima, 1998.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. Los derechos humanos y su protección constitucional, materiales de enseñanza, Universidad de Castilla-La Mancha, cursos de postgrado en Derecho, Toledo, 2002.

FEIJO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico, Barcelona, 2008, Recensión a Roland Hefendehl (ed.): "La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Ed. Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 2007, 478 pp; disponible en: www.indret.com.

FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. Trotta, S.A., Madrid, 2001, 391 pp.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, Ed. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

FILANGIERI, Gaetano. Ciencia de la legislación, Ed. Burdeos, Don pedro Beaume, 1823.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William; CASTRO TRIGOSO, Hamilton, El Código procesal penal, Comentarios descriptivos, explicativos y críticos, Ed. Jurista editores, Lima, 2008.

GAMARRA HERRERA, Ronald; en Dialogo con la Jurisprudencia. N° 117, 2008, Junio, Año 14, Ed. Gaceta Jurídica, p. 259-266.

GARCÍA, Luis M., IPOHORSKI-LENKIEWICZ, OTTAVIANO, Santiago, JUGO, Gabriela, Los derechos humanos en el proceso penal, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Constitucionalismo y Derechos Humanos (Ponencias peruanas al VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, D.F., 12-15 de febrero de 2002), Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2002.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico, Parte General, T.I., Ed. Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho Penal, Introducción, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; GARBERÍ LTOBREGAT. Los Procesos Penales, Tomo IV, Barcelona, Ed. Bosch, 2000.

GRAMATICA, Filippo, Principios de derecho penal subjetivo, Ed. Instituto editorial Reus S.A, Madrid, 1941.

GROCIO, Hugo. The Freedom of the Seas (Latin and English version, Magoffin trans.) Traducido por Ralph van Deman Magoffin, Ed. James Brown Scott. New York: Oxford University Press. 1916.

GUNTER, JAKOBS, CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del derecho penal, Ed. Editora jurídica grijley, Lima, 2000.

GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, Fundamentos teóricos constitucionales del nuevo proceso penal, Bogotá, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Ay, Europa: pequeños escritos políticos XI, Ed. Katz, Buenos Aires, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Teoría y praxis: estudios de filosofía social, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

HABERMAS, Jürgen. El Occidente escindido: pequeños escritos políticos X, Ed. Trotta, Madrid, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Tiempo de transiciones, Ed. Trotta, Madrid, 2004.

HABERMAS, Jürgen. La ética del discurso y la cuestión de la verdad, Ed. Paidós, Barcelona, 2003.

HABERMAS, Jürgen. El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional. Europa: en defensa de una política exterior común, Ed. Katz, Buenos Aires, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

HABERMAS, Jürgen. La constelación posnacional: Ensayos políticos, Ed. Paidós, Barcelona, 2000.

HABERMAS, Jürgen. La inclusión del otro: estudios de teoría política, Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Fragmentos filosófico-teológicos : de la impresión sensible a la expresión simbólica, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Más allá del estado nacional, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa : complementos y estudios previos, Ed. Cátedra, Madrid, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms : Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Ed. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1996.

HABERMAS, Jürgen. Der philosophische Diskurs der Moderne : Zwölf Vorlesungen, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988.

HABERMAS, Jürgen. La lógica de las ciencias sociales, Ed. Tecnos, Madrid, 1988;

HABERMAS, Jürgen. Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln, Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983.

HABERMAS, Jürgen. Knowledge and human interests, Ed. Beacon Press, Boston, 1972.

HABERMAS, Jürgen. Technik und Wissenschaft als 'Ideologie', Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1968.

HASSEMER, Winfried. Persona, Mundo y Responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Ed. Temis, 1999, Bogotá

HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

HASSEMER, Winfried. Por qué no debe suprimirse el Derecho penal, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México D.F., 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos; en: Ed. al. "Pena y Estado", Ed. Jurídica Conosur, Santiago, 1995.

HASSEMER, Winfried. ¿ Por qué y con qué fin se aplican las penas? (Sentido y fin de la sanción penal); en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal. N°1, Ed. Grijley, Lima, 2000.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto; en: Anales de derecho, Universidad de Murcia, N° 19, Murcia, 2001.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el Código Penal de bien jurídico; en: Modernas tendencias del derecho penal y en la criminología, Madrid, 2001.

HOBBS, Thomas. Leviatán, Ed. Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2004.

HOBBS, Thomas. Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

HOBBS, Thomas. Tratado sobre el cuerpo, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

HOBBS, Thomas. De cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2000.

HOBBS, Thomas. The collected works, Ed. Thoemmes Press; London: Routledge, 1992.

HOBBS, Thomas. Behemoth: el largo parlamento, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

HOBBS, Thomas. The elements of law natural and politics, Ed. Frank Cass, London, 1984.

HUGO VIZCARDO, Silfredo, Derecho penal general, Ed. Pro derecho instituto de investigaciones jurídicas, Lima, 2007.

HURTADO POZO, José. La ley 'importada'. Recepción del derecho penal en el Perú, Ed. Centro de estudios de derecho y sociedad, Lima, 1979.

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I., Ed. Grijley, Lima, 2005.

HUSSERL, Edmund. La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental, Ed. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2008.

HUSSERL, Edmund. Untersuchungen zur urteilstheorie, Ed. Springer, Dordrecht, 2009; Die Lebenswelt, Ed. Springer, Dordrecht, 2008.

HUSSERL, Edmund. Späte Texte über Zeitkonstitution, Ed. Springer, Dordrecht, 2006;

HUSSERL, Edmund. Wahrnehmung und Aufmerksamkeit, Ed. Springer, Dordrecht, 2004; Transzendentaler idealismus, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2003.

HUSSERL, Edmund. Logische untersuchngen ergänzungsband, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002.

HUSSERL, Edmund. Zur phänomenologischen reduction, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002.

HUSSERL, Edmund. Natur und geist, Ed. Kluwer, Dordrecht, 2002.

HORVITZ LENNON, María Inés; LOPEZ MAZLE, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno, tomo II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002.

JAKOBS, Gunther. La imputación objetiva en derecho penal, Ed. Grijley, Lima, 2001.

JAKOBS, Günther. ¿ Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?; en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penal. N°1, Ed. Grijley, Lima, 2000.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther. Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcionalista. Ed. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía, Bogotá, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. T.I y II. Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Historia y Legislación Penal comparada, T.I, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Filosofía y Ley Penal, T.II, Ed. Losada S.A., Buenos Aires, 1964.

KANT, Immanuel. Crítica de la razón pura, Ed. Alfaguara, Madrid, 1978.

KANT, Immanuel. Crítica de la razón práctica, Ed. Madrid, Espasa Calpe, 1975.

KANT, Immanuel. Prolegómenos para toda metafísica futura, Madrid, Ed. Alhambra, 1986.

KANT, Immanuel. Crítica del juicio, Madrid, Espasa Calpe, 1977.

KANT, Immanuel. ¿Qué es Ilustración?, Madrid, Ed. Tecnos, 1989.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1980.

KANT, Immanuel. La paz perpetua, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

KANT, Immanuel. La religión dentro de los límites de la propia razón, Ed. Alianza editorial, Madrid, 1981.

KANT, Immanuel. La metafísica de las costumbres, Ed. Tecnos, 1989.

KANT, Immanuel. El conflicto de las facultades, Ed. Lozada Losada, Madrid, 1963.

KANT, Immanuel. Observaciones acerca del sentimiento de lo bello y lo sublime, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

LEIBNIZ, Gottfried. Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1992.

LEIBNIZ, Gottfried. Filosofía para princesas, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1989.

LEIBNIZ, Gottfried. Escritos políticos, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

LEIBNIZ, Gottfried. Discurso de metafísica, Ed. Aguilar, Buenos Aires, 1972.

LEIBNIZ, Gottfried. Teodicea : ensayos sobre la bondad de Dios, la libertad del hombre y el origen del mal, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1946.

LEIBNIZ, Gottfried. Correspondencia con Arnauld, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946.

LEIBNIZ, Gottfried. Tratados fundamentales, Ed. Losada, Buenos Aires, 1939.

LEVENE, Ricardo. Derecho indiano y sus orígenes; en: Enciclopedia Jurídica Omeba; T. VII, Derecho, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil, Ed. Tecnos, Madrid, 2006.

LOCKE, John, Compendio del ensayo sobre el entendimiento humano, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

LOCKE, John. Escritos sobre la tolerancia, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

LOCKE, John. De las palabras, Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1982.

LOCKE, John. La racionalidad del cristianismo, Ed. Paulinas, Madrid, 1977.

LOCKE, John. Two treatises of government, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1967.

LOCKE, John. Versuch über den menschlichen Verstand, Ed. F. Meiner, Leipzig, 1913.

LÓPEZ DIAZ, Claudia. Código Penal Alemán, del 15 de mayo, con la última reforma del 31 de enero de 1998. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Ed. VS, Verl. für Sozialwiss, Wiesbaden, 2008.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidad de aplicación, Ed. ARA, Lima, 2007.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Sistemas sociales: lineamientos para una teoría, Ed. Anthropos, Barcelona, 1998.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Observaciones de la modernidad : racionalidad y contingencia en la sociedad moderna, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Confianza, Ed. Anthropos ; México: Universidad Iberoamericana, Barcelona, 1996.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Poder / Introduccion Dario Rodriguez Mansilla, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Social systems / foreword by Eva M. Knodt, Ed. Stanford University Press, Stanford, CA, 1995.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Das Recht der Gesellschaft, Ed.: Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.

LUHMANN, Niklas Rechtssoziologie. Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, Ed. Paidós, Barcelona, 1990.

LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho penal. Parte general. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal, T. I., Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tecfoto, Barcelona, 1996.

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, Parte general, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. en: Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N°2, Ed. Grijley, Lima, 2001.

MONTENEGRO BACA, José. Jornada de Trabajo en el Incanato; en Enciclopedia Jurídica Omeba; T. XVII, Jact-Lega, Ed- Driskill Sa., Buenos Aires, 1963.

MONTESQUIEU, Charles. Del espíritu de las leyes, Ed. Orbis; Hyspamerica, Buenos Aires 1984.

MONTESQUIEU, Charles. The spirit of laws, Ed. Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952.

MONTESQUIEU, Charles. Grandeza y decadencia de los romanos, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1962.

MONTESQUIEU, Charles. Cartas persianas, Ed. Librería de Ortal, Cádiz, 1822.

MORENO CATENA, Víctor. El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y comentarios, Vol. II., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

NAUCKE, WOLFGANG. Derecho penal, Una introducción, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

NAVARRO AZCUE, Concepción, RUIGÓMEZ GÓMEZ, María del Carmen. La ordenanza de intendentes y las comunidades indígenas del virreinato peruano: una reforma insuficiente .; en: Revista complutense de historia de América, ISSN 1132-8312, N° 19, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993, pp. 209-232.

NEYRA FLORES, José, Manual del nuevo Procesal Penal & de Litigación oral, Ed. Idemsa, Lima, 2010.

NINO, Carlos Santiago, *Punishment as a Response to Human Rights Violations*; en: *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven and London, 1996, pp. 3-40

NOGUERA RAMOS, Ivan, Fundamentos del derecho penal, Ed. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2007.

O'DONNEL, Daniel. Protección Internacional de los Derechos Humanos, Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Exclusividad Jurisdiccional para la Restricción de Derechos Fundamentales y Ámbitos Vedados a la Injerencia Jurisdiccional; en: Medidas restrictivas de Derechos Fundamentales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

PALOMINO MANCHEGO, José F., REMOTTI CARBONELL, José Carlos, Derechos humanos y constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Germán J. Bidart Campos), Ed. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana), Lima, 2002.

PARETO, Wilfredo. Forma y equilibrio sociales: extracto del tratado de sociología general, Ed. Alianza. Madrid, 1980.

PARETO, Wilfredo. Traité de sociologie générale, Ed. Libr. Payot, Lausanne; Paris, 1917.

PARODI REMÓN, Carlos Augusto, Informe sobre la nueva legislación penal del Perú, en: XIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México DF. 1993. p. 491-492.

PEÑA CABRERA. Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General, T.I, Ed. Grijley, Lima, 1995.

PEÑA CABRERA, Raúl. Código Penal. Comentado y Leyes complementarias. Cuarta Edición. Ed. San Marcos, Lima, 1995.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal. Parte General, Ed. Rodhas, Lima, 2007.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. Un Nuevo Sistema del Derecho Penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther JAKOBS. Ed. Grijley, Lima, 1998.

PESSAGNO, Rodolfo G., BERNARDI, Humberto P. J. Temas de Historia Penal. Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953.

POPPER, Karl. Sociedad abierta, universo abierto, Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

POPPER, Karl. Escritos selectos, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1995.

POPPER, Karl. La sociedad abierta y sus enemigos, Ed. Planeta - Agostini, Barcelona, 1991;

PRIETO SANCHÍS, Luis, Filosofía penal del la Ilustración, Ed. Palestra, Lima, 2007

RAMOS NUÑEZ, Carlos. Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, T. II, Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, El proceso penal aplicado, conforme al Código Procesal Penal de 2004, Ed. Grijley, Lima, 2011.

REVILLA LLAZA, Percy Enrique; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004.

DE RIVACOBBA y RIVACOBBA, Manuel. El primer proyecto americano de Código Penal; en: Ius et Praxis, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación. pp. 243-249.

ROY FREYRE, Luis Eduardo. Trayectoria del Derecho Penal. Tesis Doctoral en Derecho Público, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962.

ROY FREYRE, Luis. E. Estudio Preliminar del Código Penal; en: PAREDES PÉREZ, Jorge Martín, Para conocer el Código Penal, Ed. Grijley, Lima, 1995

ROY FREYRE, Luis Eduardo. La pena de muerte en la ley, en la doctrina y en mi conciencia; en: Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses Año IV N° 7, Ed. Ipef, Lima, 1997, 11-16 pp.

ROXIN, Claus. ¿La Protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal?; en: Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Ed. Grijley, Lima, 2004.

ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, T. I., Ed. Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus; et. al. Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales, Ed. La Lectura; Lerner, Córdoba, 2001.

- ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, Ed. Del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal; Ed. Casa Editorial, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Ed. Reus, SA. Madrid, 1976.
- ROXIN, Claus, Iniciación al derecho penal de hoy, Ed. Secretaria de publicaciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- ROXIN, Claus, Culpabilidad y prevención en derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 1980.
- ROXIN, Claus, Política criminal y estructura del delito, Ed. Reus, Madrid, 1992.
- ROXIN, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 1976.
- ROXIN, Claus, Evolución del derecho penal y de la política criminal en Alemania; en: ROXIN, Claus, MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal nuevas tendencias en el tercer milenio, Ed. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2000.
- ROXIN, Claus; GUNTER, Artz; KLAUS, Tiedemann, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.
- RUBIANES, Carlos J. Manual de Derecho Procesal Penal, Tomos I y III, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1985.
- RUBIO LORRENTE, Francisco. Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial), Ed. Ariel, SA, Barcelona, 1995.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Las confesiones, Ed. Conaculta, México, D.F. 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Instrucción de un padre a su hijo sobre el modo de conducirse en este mundo, Ed. Instituto de Estudios sobre Nacionalismos Comparados, Vitoria, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social, Ed. Ediciones Íntegra, Madrid, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre la economía política, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social o principios de derecho político. Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad, Ed. Porrúa, México, D.F., 1979.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Escritos de combate, Ed. Alfaguara, Madrid, 1979; Emilio, Ed. Safian, Buenos Aires, 1955.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social, ó principios del derecho político, Ed. Imp. de Ramos, Madrid, 1821.

SANCHEZ MERCADO, Miguel Angel; en Dialogo con la Jurisprudencia; Ed. Gaceta Jurídica, N° 93, año 11, junio 2006.

SAN MARTIN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. V. I. Ed. Grijley, Lima, 2006.

SAN MARTIN CASTRO, César. Control difuso en materia penal; en: Cuadernos jurisprudenciales, suplemento mensual del Dialogo con la jurisprudencia, N° 63, septiembre, año 6, 2006.

SAN MARTIN, César; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004.

SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal, Lima, Ed. Idemsa, 2004.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. “Ensayos sobre el Derecho Penal como Ciencia”. Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; Baldó Lavilla, Francisco; Corcoy Bidasolo, Mirentxu, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte General, Segunda Edición, JB Ediciones, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, J.M. Bosch, 1992.

SCHOPENHAUER, Arthur. El mundo como voluntad y representación, Ed. Trotta, Madrid, 2003;

SCHOPENHAUER, Arthur. Metafísica de las costumbres, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, Berd. Cuestiones básicas del Derecho Penal en los Umbrales del tercer milenio, Ed. Idemsa, Lima, 2006.

SPENCER, Herbert. Demasiadas leyes, Ed. Tor, Buenos Aires, 1943.

SPENCER, Herbert. De las leyes en general, Ed. V. Tordesillas, Madrid, 1909.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. III Las ciencias penales. En particular la dogmática jurídico-penal. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal, Ciudad de México, Ed. Harla, 1990.

SILVA SANTISTEBAN. Historia del Perú, Perú Colonial, T.II, Ed. Buho, Lima, 1984.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. T. I., Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970.

STUART MILL, John. Sobre la libertad, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2003.

STUART MILL, John. El utilitarismo, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1984.

TEJADA V., Simeón. “Nota de remisión”, en Código Penal del Perú presentado en proyecto al cuerpo legislativo por la Comisión Revisora. Ed. Impreso por José M. Montesola, Lima.

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. El Bicentenario de BECCARIA y la Evolución de las Ideas en el Derecho penal peruano; en: ROY FREYRE, Luis Eduardo. Estudios Penales, Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias, Ed. San Marcos, Lima, 2003, 889 pp.

URQUIZO OLAECHEA, José. “El bien jurídico”; en: Revista peruana de ciencias penales, N° 6, Ed. Idemsa, Lima. 1998.

URQUIZO OLAECHEA, José. El principio de legalidad, Ed. Gráfica Horizonte, Lima, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José ; et. al. Código Penal Comentado, T. I., Ed. Gaceta jurídica, Lima, 2004.

VALLADOLID ZETA, Víctor J.; en: JUS LEGISLACIÓN, Ed. Griley, Diciembre; N° 12, 2007.

VALIENTE OTS, Mauricio (1998): “Los grupos raciales en las ordenanzas municipales del Cuzco indiano”. In: Revista Andina (Cuzco), 32/año 16.2: 363-393.

VARGAS, Javier. Historia del Derecho peruano. Parte General y Derecho Incaico, Ed. Universidad de Lima, 1993.

VÁSCONES VEGA, Ricardo, Las medidas coercitivas; en: GARCÍA RADA, domingo; BRAMONT ARIAS, Luis A; VÁSCONES VEGA, Ricardo; GARCÍA BELAUNDE, Domingo: HURTADO POZO, José. La nueva Constitución y el Derecho Penal. Ed. Grupo Nacional Peruano Asociación Internacional de Derecho Penal, Lima 1980.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis, Bogotá, 1997.

VILLAVICENCIO DE LA PORTILLA, Víctor L. La vida sexual del indígena peruano (Continuación); en: Revista Peruana de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 2, Julio- Agosto-Setiembre, 1954, Lima, 38-86 pp.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley, Lima, 2006.

VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal. Parte General, Ed. San Marcos, Lima, 2001.

VIVES VILLAVICENCIO ANTÓN, Tomás S. Comentarios al Código Penal de 1995. V. I. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

VITERBO ARIAS, José. Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863, T. I., Ed. Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900.

WELZEL, Hans. Derecho penal, parte general, 11° edición, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.

WIGMORE, John Henry. A panorama of the world's legal systems. Vol. I-II-III. Saint Paul: West Publishing Company, 1928.

SEOANE, Guillermo A. Códigos Penal y de Enjuiciamientos en materia penal. Anotados con su referencias, Leyes modificativas y Piezas Judiciales declaratorias, Ed. Librería Francesa Científica, Lima, 1907.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal, parte general, V. I., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, 455 pp.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Reincidencia; en: Ius et Praxis, Junio de 1991, N° 17, Universidad de Lima, Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencia Políticas. Centro de Investigación.

----ooo----

BIBLIOGRAFÍA
(Sobre la metodología de investigación)

ADOMEIT, Klaus. Introducción a la Teoría del Derecho. Lógica Normativa, Teoría del Método, Politología Jurídica. Civitas, Madrid. 1984.

ALEXI, Robert. El Concepto y la Validez del Derecho y otros Ensayos. Gidesa, Barcelona. 1997.

ANDRUET, Armando S. Razonamiento y Argumentación. Alveroni, Córdoba. 1993.

ARELLANO GARCÍA, Carlos. Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica. Porrúa, México. 1999.

ATIENZA, Manuel. Contribución a la Teoría de la Legislación. Civitas, Madrid. 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Temis, Bogotá. 1992.

BROEKMAN, Juan M. Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho. Temis, Bogotá. 1997.

BULARD GONZALES, Alfredo. Estudios de Análisis Económico del Derecho. Ara Editores, Lima. 1996.

CARNELUTTI, Francesco. Metodología del Derecho. Vallett Ediciones, Buenos Aires. 1990.

CARNELUTTI, Francesco. Cómo Nace el Derecho. Temis, Bogotá. 1998.

CARRILLO, Francisco. Cómo hacer la Tesis y el Trabajo de Investigación Universitario. Editorial, Horizonte, Lima. 1995.

CASTAÑEDA JIMÉNEZ, Juan. Métodos de Investigación". Mc Graw Hill, México. 1996.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas: Derecho y Economía. Fondo de Cultura Económica, México. 1998.

CRISÓLOGO ARCE, Aurelio: Concepto, Método y Modelos de la Investigación Científica. Abedul, 1994.

DURKHEIM, Émile: Las Reglas del Método Sociológico. Editorial Orbis, Buenos Aires. 1986

DWORKIN, R. M.. La Filosofía del Derecho. Traducción de Javier Sainz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, México. 1977.

- ECO, Humberto. *Semiótica y Filosofía del Lenguaje..* 2da. Edición, Editorial Lumen, Barcelona. 1994
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *Metodología, Docencia e Investigación Jurídica.* Editorial Porrúa, México. 1997
- FROSINI, Vittorio. *Teoría de la Interpretación Jurídica.* Temis, Bogotá. 1991
- GOLDSCHMIDT, James. *Metodología Jurídico - Penal.* Reus, Madrid. 1981
- GONZALES GALVÁN, Jorge. *El Protocolo de Investigación Jurídica.* En Boletín II J-UNAM 90, México, 1997.
- KELLER, Albert. *Teoría General del Conocimiento.* Editorial Herder, Barcelona. 1988.
- KERLINGER, Fred N. *Investigación del Comportamiento.* McGraw - Hill, México. 1988.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1980.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho.* Ariel, 8va. Edición, Barcelona. 1987.
- PARDINAS, Felipe. *Metodología y Técnicas de Investigación en Ciencias Sociales.* Siglo XX Editores, México, 1979.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. *Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica.* Temis, Bogotá, 1999.
- POPPER, Karl R. *La Lógica de la Investigación Científica.* Tecnos, Madrid. 1994.
- PORTOCARRERO, Felipe. *Cómo Hacer un Trabajo de Investigación.* Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, Lima. 1990.
- POSNER, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho.* Fondo de Cultura Económica, México. 1998.
- QUIROZ SALAZAR, William. *La Investigación Jurídica.* Imsergraf, Lima. 1998.
- RAMOS NÚÑEZ, Carlos. *Cómo Hacer una Tesis en Derecho y no envejecer en el Intento.* Gaceta Jurídica. Lima. 1999.
- ROCCO, Arturo. *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal".* Temis, Bogotá. 1999
- ROSENTAL – IUDIN. *Diccionario Filosófico.* Ediciones Universo, Buenos Aires. 1973

SAVIGNY, Friedrich Karl. Metodología Jurídica. Traducción de J. J. Santa-Pinter, Depalma, B. Aires. 1979

SOLÍS ESPINOZA, A. Metodología de la Investigación Jurídico Social. Princeliness, Lima. 1991

TABORGA, Huáscar. Cómo Hacer Una Tesis. Editorial Grijalvo, México. 1982

TAFUR PORTILLA, Raúl. La Tesis Universitaria. Primera Edición, Mantaro, Lima. 1994

TORRES BARDALES, C. Metodología de la Investigación Científica. Editorial San Marcos, 4ª Edición, Lima. 1998

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Introducción al Derecho. Palestra, Editores, Lima. 1999

WILHELM, Walter. La Metodología Jurídica del Siglo XIX. Ed. de Derecho Privado Madrid. 1980

WITKER V., Jorge. La Investigación Jurídica. Mc Graw-Hill, México. 1995

WITKER V, Jorge; LARIOS, Rogelio. Metodología Jurídica. McGraw-Hill, México. 1997

ZAVALA, Abel Andrés. Metodología de la Investigación Científica. Editorial San Marcos, Lima. 1997

ZELAYARÁN DURAND, Mauro. Metodología de Investigación Jurídica. Ed. Jurídicas, Lima. 1997

ZUBIZARRETA, Armando F.: La Aventura del Trabajo Intelectual. Cómo estudiar e investigar. Segunda Edición, Fondo Educativo Interamericano, México. 1986

-----o0o-----